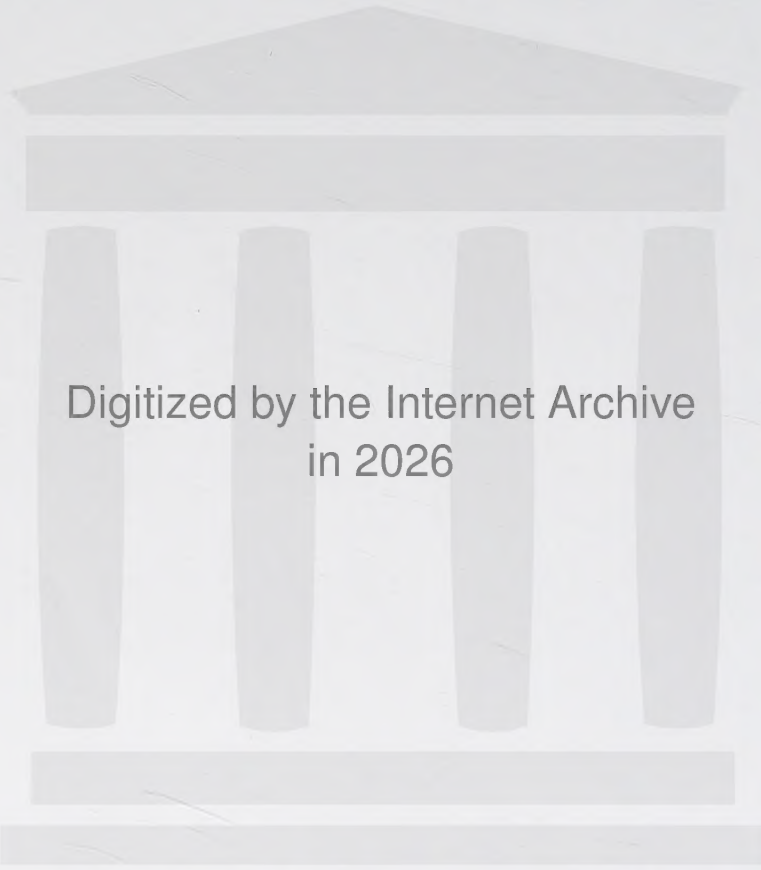


**GESETZESZWECK UND
ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ
UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER
RECHTSPRECHUNG DES
BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**

Dieter Pracht

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551921_0080

GESETZESZWECK UND ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ

UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER RECHTSPRECHUNG DES

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt von

Dieter Pracht

1974

Referent: Professor Dr. Peter Lerche

Korreferent: Professor Dr. Axel Freiherr von Campenhausen

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 1974



Inhaltsübersicht

Seite

I. Abschnitt:

Einleitung und Anliegen	1
-------------------------	---

II. Abschnitt:

Das Erfassen von Sachverhaltsbereichen nach sachlichen Gründen	
Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	4
1. Der Lebenssachverhalt als Gleichheitskomponente	8
2. Logischer Gleichheitsbegriff und Rechtsgleichheit	14
a) Gleichheit und Verschiedenheit	14
b) Die Bedeutung des Vergleichsmerkmals	18
c) Gleichheit im Recht	21
d) Das Vergleichskriterium als tatbeständliches Merkmal im Rechtssatz	25
3. Sachlicher Grund und Sachbereich	27
a) Der sachliche Grund als zweckbezogenes Kriterium	29
b) Der Sachbereich	32
c) Sachlicher Grund und Vergleichskriterium	35
4. Sachgesetzlichkeit und Gesetzessystematik	42
5. Zusammenfassung, Zwischenergebnis	48

III. Abschnitt:

Ermessen und Handlungsfreiheit	50
--------------------------------	----

IV. Abschnitt:

Gesetzeszweck und Vergleichskriterium	56
1. Die Zweckgebundenheit des Vergleichskriteriums	56
a) Keine Mittel-Zweck-Beziehung	58
b) Kritik der herrschenden Meinung	62
c) Die Auswahl des Vergleichskriteriums als Konkretisierung der im Gesetzeszweck enthaltenen Zielvorstellung	65
d) Zielwahl	72
2. Diskussion der Zweckgebundenheit des Vergleichskriteriums am Beispiel der Wahlgleichheit und des Ausschlusses von Splitterparteien	73
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	74
b) Diskussion anhand der hier entwickelten Grundsätze unter dem Gesichtspunkt des Normzwecks	77
(1) Zwieschichtiger Gesetzeszweck	77
(2) Legitimität des Normzwecks	78
(3) Folgerichtigkeit der Konkretisierung	79
(4) Begriff der Splitterpartei	82
c) Das Verhältnis der Wahlgleichheit zum allgemeinen Gleichheitssatz	86
(1) Schematische Gleichbehandlung	87
(2) Konkrete am Wahlzweck orientierte Ausgestaltung der Gleichheit	90
d) Zwischenergebnis, Zusammenfassung	92
3. Teilbereich und Sonderregelung	94

V. Abschnitt:

Schlußbetrachtung: Ergebnis und Unterscheidung zur herrschenden Meinung	102
---	-----

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Bellstedt, Christoph: Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, Schwetzingen 1959
- Bettermann, Karl-August: Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: Der Staat, 1, 79 ff, Berlin 1962
- Böckenförde, Werner: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Diss. Münster 1957, und in: Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 5, Berlin 1957
- Brugger, Walter: Philosophisches Wörterbuch, 13. Aufl., Freiburg 1967
- Burckhardt, Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- Drews, Arthur: Lehrbuch der Logik, Berlin 1928
- Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117 ff
- Dürig, Günter: Der Gleichheitssatz als Verfassungsrechtssatz, in: Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 3. Bd., Sp. 983 ff, 6. Aufl., Freiburg 1959

- Eisler, Rudolf: Handwörterbuch der Philosophie,
2. Aufl., hrsg. v. Richard Müller-
Freienfels, Berlin 1922
- Enneccerus-Nipperdey: Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts,
I. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar von E. Eyermann und L.
Fröhler, 5. Aufl., München 1971
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd.,
Allg. Teil, 9. Aufl., München 1966
- Forsthoff, Ernst: Zur heutigen Situation einer Ver-
fassungslehre, in: Festschrift für
Carl Schmitt, S. 35 ff, Berlin 1959
- Friauf, Karl Heinrich: Verfassungsrechtliche Grenzen der
Wirtschaftslenkung und Sozialge-
staltung durch Steuergesetze, in:
Recht und Staat, Bd. 325/326,
Tübingen 1966
- Friauf, Karl Heinrich: Sondersteuern als verfassungsrecht-
liches Mittel zur Eindämmung des
Straßengüterverkehrs, BB 1967, 1345 ff
- Fuß, Ernst-Werner: Gleichheitssatz und Richtermacht,
JZ 59, 329 ff
- Geiger, Willi: Gerechtigkeit, in: Staatslexikon, hrsg.
von der Görres-Gesellschaft, 3. Bd.,
Sp. 780 ff, 6. Aufl., Freiburg 1959

- Geiger, Willi: Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, in: Staats- und vwwissenschaftl. Beiträge, hrsg. von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Stuttgart 1957, S. 167 ff
- Hamann, Andreas: Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 1955, 969 ff
- Hamann, Andreas: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz, NJW 57, 2 ff
- Hamann / Lenz: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1970
- Hegel, Georg, Wilhelm-Friedrich: Wissenschaft der Logik, hrsg. von Georg Lasson, Leipzig 1948, 2. Teil
- Heidegger, Martin: Identität und Differenz, Pfullingen 1957
- Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, München, Berlin 1964
- Hesse, Konrad: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, 167 ff
- Hirsch, Ernst: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Berlin 1966
- Husserl, Edmund: Logische Untersuchungen, 2. Bd., 1. Teil, 4. Aufl., Halle 1928

- Ipsen, Hans-Peter: Gleichheit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, S. 111 ff, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, Berlin 1954
- Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 ff
- Kappes, Franz-Herrmann: Gleichheitssatz und Maßnahmegesetz, Diss., München 1965
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Nachdruck, Wien 1967
- Klein, Franz: Gleichheitssatz und Steuerrecht, Köln 1966
- Klein, Rüdiger: Die Konkurrenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82, 75 ff
- Köhler, Oskar: Gleichheit, Die Gleichheitsidee als geschichtliches Agens, in: Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 3. Bd., Sp. 990 ff, 6. Aufl., Freiburg 1959
- Küchenhoff, Günther: Gleichheit und Ungleichheit im Verfassungsrecht, JR 59, 281 ff
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960

- Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz,
2. Aufl., München, Berlin 1959
- Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz und
das Bonner Grundgesetz, DVBl 51, 193 ff
- Leibholz-Rink: Grundgesetz f.d. Bundesrepublik
Deutschland, Kommentar anhand der
Rechtsprechung des Bundesverfassungs-
gerichts, 4. Aufl., Köln 1971
- Lepa, Manfred: Der Inhalt des Grundrechts nach der
Rechtsprechung, Sonderdruck der Bei-
lage zum Bundesanzeiger, Nr. 187 v.
8. Okt. 1969, Köln 1969
- Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln,
Berlin, München, Bonn 1961
- Lerche, Peter: Ermessen, in: Staatslexikon, hrsg. von
der Görres-Gesellschaft, 3. Bd., Sp.
12 ff, 6. Aufl., Freiburg 1959
- Luhmann, Niklas: Grundrechte als Institution, Berlin
1965
- Luhmann, Niklas: Wahrheit und Ideologie, in: Der Staat
1, 431 ff, Berlin 1962
- v. Mangoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz, erläutert von
H. v. Mangoldt, 2. Aufl., neu bearbeitet
von Friedrich Klein, Berlin, Frank-
furt 1957 (Bd. I) und 1964 (Bd. II)
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl.,
München 1971
- Maunz/Dürig/Herzog: Grundgesetz, Kommentar von Theodor
Maunz, Günter Dürig und R. Herzog,
3. Aufl., München 1968 ff

- Moog, Willy: Einheit und Zahl, in: Kantstudien, 23. Bd., (Heft 2/3), S. 302 ff, Berlin 1918
- Nef, Hans: Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941
- Peters, Hans: Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Bielefeld 1954
- Podlech, Adalbert: Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963
- Rinck, Hans Justus: Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 63, 521 ff
- Rinck, Hans Justus: Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und das Bonner Grundgesetz, DVGl 58, 221 ff
- Röhl, Hellmut: Die Bekämpfung der Splitterparteien in Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl 54, 557 ff u. 589 ff
- Rüpke, Giseler: Gesetzgeberisches Ermessen und richterliches Prüfungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz, Diss., Göttingen 1961

- Rupp, Hans-Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungswaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Scheuner, Ulrich: Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 253 ff, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952
- Schmidt-Bleibtreu/Klein: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1970
- Scholler, Heinrich: Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969
- Schröder, Heinz: Der Rechtsbegriff der Gleichheit, Diss., Bielefeld 1961
- Schubach, Hans: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), Diss., Münster 1964
- Seifert, Karl-Heinz: Das Bundeswahlgesetz, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1965
- Tetzner, Heinrich: Rabattgesetz, Berlin, Frankfurt 1963
- Thoma, Richard: Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz, BVB1 51, 457 ff
- Ulrici, Herrmann: Compendium der Logik, Leipzig 1860

- Wacke, Gerhard: Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit, in: Stuw 1947 I, Sp.21 ff
- Weinberger, Ota: Rechtslogik, Wien, New York 1970
- Windelband, Wilhelm: Über Gleichheit und Identität, in: Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philhist.Klasse, Heidelberg 1910, 14. Abhandlung
- Wintrich, Joseph: Rechtsidee und Verfassungsrichtertum, JZ 54, 454 ff
- Wolff, Hans-J.: Über die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, S.103 ff, Berlin 1949
- Wolff, Hans-J.: Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971

I. Abschnitt:

Einleitung und Anliegen

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹⁾ und die Willkürlehre ²⁾ beurteilen die Frage einer Gleichheitsverletzung durch den Gesetzgeber vorwiegend danach, ob die Legislative ihr Ermessen mißbraucht hat. Der Gesetzgeber habe nämlich eine sehr weite Gestaltungsfreiheit, nach welchen Merkmalen er die Vergleichspaare bestimmt ³⁾ und in welchem Umfang er vorgegebenen natürlichen Verschiedenheiten Rechnung tragen will ⁴⁾. Dies führt im Ergebnis dazu, daß die richterliche Überprüfung gesetzgeberischer Maßnahmen im Detail häufig unterbleibt. Denn soweit sich auch nur ein sachlich einleuchtender, vertretbarer ⁵⁾, am Gerechtigkeitsgedanken ⁶⁾ orientierter Grund finden läßt, wird ein Gleichheitsverstoß verneint. Ein vernünftiger Grund wird aber bei rechtsstaatlichem Verhalten der Legislative immer zu ermitteln sein, wie andererseits der Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes innerhalb des unterstellten Ermessensbereiches zu einer

-
- 1) S.dazu u.a. die Darstellungen von Lepa, Der Inhalt der Grundrechte nach der Rechtsprechung, S. 9 ff; Leibholz-Rink, Grundgesetz, Art. 3, Anm. 9 f!
 - 2) Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 72 ff, 88 ff, passim; Maunz, Staatsrecht, § 16 I, II; Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 174 ff; kritisch Ipsen, Gleichheit, S. 152 ff; Fuß, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 52, 329 (331).
 - 3) BVerfGE 9, 201 (206); ähnlich 13, 225 (228); 23, 229 (240); 25, 371, (400).
 - 4) BVerfGE 9, 137 (146); 25, 269 (292).
 - 5) BVerfGE 1, 14 (52); 18, 121 (124); 25, 269 (293); 26, 302 (310); 27, 58 (67); s. auch unten, S. 26.
 - 6) BVerfGE 3, 58 (134); 4, 219 (244); 9, 124 (130), 201 (206); 11, 105 (123), 245 (253); 19, 354 (367); 23, 229 (240); 26, 302 (310).

bloßen Forderung nach Vernunft wird ¹⁾. Zugleich bedeutet dies eine Auflösung des Gleichheitsgebotes ²⁾, da aufgrund des Ermessens für zureichend erachtete Gründe von höherer Maßgeblichkeit sind als das Gleiche ³⁾. Die Wichtigkeit des Gleichheitssatzes wird auf die negative Kontrolle lediglich des mangelnden sachlich einleuchtenden Grundes beschränkt.

Die Berufung auf den Gedanken der Gerechtigkeit stellt nur eine Verlagerung des Gleichheitsproblems dar ⁴⁾, ohne dieses seiner Lösung näher zu bringen. Ein seit über zweitausend Jahren unternommener Versuch, welcher zumindest zur Erarbeitung eines praktikierbaren und judikablen Gleichheitsverständnisses nichts beizutragen vermag. Es wird deshalb im folgenden darauf verzichtet, Überlegungen zur Gerechtigkeit darzustellen ⁵⁾.

Es werden sich Sprachgebrauch und Lehre vom gesetzgeberischen Ermessen als zu pauschal und damit in ihrer Allgemeinheit als unrichtig erweisen.

-
- 1) Bellstedt, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, S. 113: "...dann ist Art. 3, Abs. 1 GG seiner praktischen Aktualität beraubt, dann könnte er ebenso gut lauten: Der Staat muß vernünftig handeln."
 - 2) So richtig, Bellstedt, a.a.O. .
 - 3) Bellstedt, a.a.O. .
 - 4) Vgl. auch Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 82 ff., der ebenso wie Ipsen (a.a.O., S. 153 Fn. 142) und Fuß (a.a.O., S. 331 Fn. 18) darauf hinweist, daß ein Zirkelschluß vorliege, oder die eigentliche Begründung verdeckt wird; S. 84: a) der Gleichheitssatz bindet den Gesetzgeber, b) den Gehalt des Gleichheitssatzes bestimmt der Gesetzgeber, c) er bestimmt selbst, was ihn bindet.
 - 5) Solche Überlegungen sind zwar erfolgt, haben aber keinerlei Klärung der Gleichheitsproblematik bringen können. Zu den in der Literatur oftmals mehr verwirrenden als überzeugenden Darstellungen s. z. B.: Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, passim; Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, passim; Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, 167 (197 ff. u. passim); Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 125 u. 170; Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 172; Dürig, Der Gleichheitssatz als Verfassungsrechtssatz, in: Startlexikon, 3. Bd. Sp. 986!

Möglich wird diese Erkenntnis durch ein Aufteilen der Entscheidungsbildung des Gesetzgebers in verschiedene Phasen im Wege einer formalen Reduktion auf die einzelnen bei jeder Normierung erforderlichen legislatorischen Gedankenfolgen.

Um den Kern der Problematik von Gleichheit und legislatorischem Ermessen ohne Umschweife zu erfassen, werden nicht alle der vielfältigen, sich oftmals überschneidenden Teilprobleme behandelt werden können; auch im Hinblick auf die wegen ihrer teilweisen Abstraktheit komplizierte Materie. Ebenso wird darauf verzichtet, eine geschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes darzustellen; statt dessen sei auf vorhandene historische Ausführungen verwiesen ¹⁾.

1) Vgl.u.a.: Ipsen, S. 115 ff; Leibholz, S. 14 f; Podlech, S. 53 ff; Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 26 ff; Hesse, AöR 77, 167 (170 ff); Köhler, Gleichheit, Die Gleichheitsidee als geschichtliches Agens, in: Staatslexikon 3. Bd., Sp. 990 ff.

II. Abschnitt:

Das Erfassen von Sachverhaltsbereichen nach sachlichen Gründen

Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ermessensfreiheit läßt sich wie folgt zusammenfassen ¹⁾:

- (1) Der Gesetzgeber hat bedeutsame tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen. Er hat jedoch einen weiten Ermessensspielraum ²⁾, welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er dafür als maßgebend ansieht; nur dessen Mißbrauch oder Überschreitung verstoßen

1) Vgl. auch die Zusammenfassungen bei Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 61; Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 63 f!

2) BVerfGE 3, 58 (135); 4, 7 (18), 219 (244); 9, 3 (10 f), 10, 234 (246); 13, 181 (202). Mit ähnlichem Wortlaut: BVerfGE 3, 19 (24), 225 (240); 6, 273 (280); 9, 137 (146), 201 (206), 23, 12 (25); 26, 302 (310); 31, 119 (134). Oder "Gestaltungsfreiheit": BVerfGE 6, 389 (420); 9, 201 (206); 10, 234 (246), 340 (354); 11, 30 (42); 12, 326 (327); 13, 327 (243), 14, 221 (238); 17, 319 (330); 18, 121 (124); 26, 302 (310); 27, 1 (10), 58 (67); 28, 227 (242); 29, 327 (335). Zu den verschiedenen Formulierungen des BVerfG vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 20, Anm. 117 Fn. 3! Im Bereich der darreichenden Verwaltung soll die Ermessensfreiheit der Legislative weiter sein als bei der Regelung staatlicher Eingriffe: BVerfGE 11, 50 (60); 12, 151 (166); 17, 210 (216); 22, 100 (103); 28, 206 (214), 324 (349); 29, 51 (58); besonders weit im Hinblick auf Art. 131 GG, um eine praktikable Regelung zu ermöglichen, BVerfGE 25, 198 (206); nur eng bemessen im Hinblick auf die Gleichheit der Wahl, BVerfGE 13, 1 (12). Im Steuerrecht gehört zu dieser Gestaltungsfreiheit auch die Freiheit des Gesetzgebers zur Erschließung von Steuerquellen, vgl. u.a. BVerfGE 13, 181 (202 f); 27, 111 (127); 31, 119 (130).

In BVerfGE 23, 1 (10) und 25, 101 (112) spricht das Gericht auch davon, daß dem Gesetzgeber ein Ermessen zustehe, in welcher Weise er eine verfassungswidrige Ungleichheit beseitigen wolle, ebenso BVerfGE 28, 227 (243). Gelegentlich hat das BVerfG auch von Ermessen gesprochen, wenn der Bundesgesetzgeber seine Zuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG bejaht hat, BVerfGE 1, 264 (273); 2, 213 (224 f); 4, 115 (127); 10, 234 (245); kritisch dazu Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 72 Abs. 2 f. s. obgleichend R. V. K.

gegen den Gleichheitssatz ¹⁾.

Folgerung: Es wird der Legislative ein ihr eigener Bereich freier Entscheidungsmöglichkeiten zugestanden. Bedeutsame Elemente der Lebensbereiche binden zwar den Gesetzgeber, doch innerhalb seines Spielraumes bestimmt er diese essentiellen Merkmale selbst ²⁾ und legt somit autonom fest, ob und in welchem Umfang vorgegebenen natürlichen Verschiedenheiten der Gesetzgebung Rechnung getragen werden muß ³⁾.

Ein solcher Ermessensspielraum jedoch negiert die zugleich behauptete Existenz eines im Tatsächlichen begründeten Wesentlichen zu einem bloß mit relativer Gewichtigkeit geltenden Faktum. Ein Widerspruch?

- (2) Die Ermessensfreiheit des Gesetzgebers findet ihre Grenze im Willkürverbot ⁴⁾, d.h. bei evidenter Unsachlichkeit ⁵⁾, bei Fehlen einleuchtender ⁶⁾, sachlicher ⁷⁾ Gründe; die Ungleichheit ist dann nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar.

1) BVerfGE 2, 266 (280); 3, 19 (24 f), 58 (135 f), 288 (337); 4, 7 (18).

2) Vgl. BVerfGE 6, 273 (280); 9, 3 (10), 201 (206), 237 (248), 334 (337); 13, 181 (202); 15, 167 (201 f); 23, 12 (25)!

3) BVerfGE 9, 137 (146); 25, 269 (292).

4) BVerfGE 3, 225 (240); 27, 111 (127). Nur die Einhaltung der äußersten Grenzen dieses Ermessens kann vom Gericht nachgeprüft werden, BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (153), 162 (182); 4, 7 (18), 219 (244); 9, 20 (28), 201 (206), 334 (337); 10, 234 (246); 12, 326 (338); 14, 221 (238); 15, 167 (201); 17, 319 (330); 18, 121 (124); 19, 354 (367); 25, 269 (292 f); 27, 58 (67), 111 (127 f), 375 (389); 28, 227 (242); 19, 327 (335); 30, 409 (413). Nach Leibholz, DVBl 51, 193 (195), auf welchen die Willkürlehre zurückgeht, liegt ein Ermessensmißbrauch vor: (1) Bei Fehlen eines vernünftigen, sich aus der Sache ergebenden oder sonstwie sachlich einleuchtenden Grundes sowie (2) bei Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen der gesetzlichen Bestimmung und der durch die Gesetzgebung zu regelnden Materie, oder wenn diese nur in einem offenbar völlig unzulänglichen Verhältnis stehen.

5) BVerfGE 1, 246 (276); 2, 118 (119); 9, 124 (130); 12, 326 (333), 341 (348).

Folgerung: Der Mangel sachlich einleuchtender Gründe beschränkt die legislatorische Freiheit, begrenzt den Spielraum des Gesetzgebers. Die Schranken für das Ermessen der Legislative bilden neben den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, die nicht mißachtet werden dürfen, insbesondere die Grundentscheidungen der Verfassung ¹⁾ und Gesetzmäßigkeiten, die in der Sache selbst liegen ²⁾.

Soweit dieses für die Bestimmung der Ermessensgrenze maßgebende Kriterium der "eigenen inneren Gesetzmäßigkeit und Ordnung" ³⁾, welches nicht außer acht gelassen werden darf, den betroffenen Lebensbereichen ⁴⁾ zu entnehmen ist, wäre Ursprung und zugleich causa der Gleichheit wie Ungleichheit der einem Vergleich zugrunde liegende Sachverhalt ⁵⁾. Diese Konsequenz stünde im Widerspruch zu der unter Ziffer (1) behaupteten Gestaltungsfreiheit, denn wie ließe sich dann noch ein so weiter Ermessensspielraum rechtfertigen oder gar begründen?

Die Maßgeblichkeit von Sachverhaltselementen ist somit von zweifacher Wichtigkeit: Im Sinne sachlich, einleuchtender Gründe, bei deren Fehlen die Gestaltungsfreiheit überschritten wäre, und andererseits innerhalb des Ermessensbereiches als ein der Disposition unterworfenen Kriterium ohne absolut geltende Bedeutung. Wird zunächst

Fußnoten zu S.5:

- 6) BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (136); 15, 313 (315, 320); 19, 101 (111, 117), 150 (166).
7) BVerfGE 18, 315 (334); 27, 58 (67); 30, 250 (271), 409 (413).

Fußnoten zu S.6:

- 1) BVerfGE 3, 225 (240); 12, 151 (164); 13, 290 (298).
2) BVerfGE 9, 338 (340); 13, 225 (228); s. auch Leibholz/Rink, Grundgesetz, Art. 3, Anm. 9 u. 11; Barann/Lenz, Grundgesetz, Art. 3, Anm. B 4 c, cc1.
3) BVerfGE 9, 338 (349 f); 13, 225 (228).
4) Vgl. auch BVerfGE 4, 219 (243); 17, 122 (122 f, 130 f); 19, 1 (8); 29, 402 (411).
5) BVerfGE 17, 122 (122, 130): Sachlich vertretbar bedeutet: aus der Eigenart des konkreten zu regelnden Sachverhaltes.

die Existenz eines Ermessensspielraums innerhalb sachgerechter Grenzen unterstellt, so verbleibt gleichwohl die eigentliche Problemstellung: welche tatsächlichen Merkmale sollen entscheidend sein? Der Problematik ist nur die Schärfe genommen, indem wegen des angeblichen Ermessensbereiches eine Kontrollmöglichkeit verneint wird. Allein wichtig und relevant wäre nur noch, ob irgendein sachlicher Grund für ein Gesetz besteht.

Es soll zunächst untersucht werden, ob die einer Normierung unterworfenen Sachverhalte eo ipso eine solche Bedeutsamkeit gewisser eigener Merkmale begründen, welche die Berücksichtigung dieser eigenen Kriterien bedingt. Sollte sich das als nicht richtig oder als nicht möglich erweisen, dann bleibt zu klären, in welchem Umfang der Gleichheitssatz die Wesentlichkeit von Sachverhaltselementen beeinflußt. Das Ausmaß einer Gestaltungsfreiheit wie die Intensität einer legislatorischen Ermessensbindung werden sich erst dann bestimmen lassen, wenn Ursprung und Zusammenhang der einschränkenden Komponenten deutlich geworden sind.

1. Der Lebenssachverhalt als
Gleichheitskomponente

"Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen"¹⁾, gelesen mit anderen Formulierungen: Die "Lebensverhältnisse", "die nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleich sind"²⁾ und: die Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse bildeten die Grundlage der Gleichheitsbeziehung, läßt den Eindruck entstehen, die vorgegebenen tatsächlichen Umstände seien für die über sie abzugebende Beurteilung der Gleichheit oder Ungleichheit bestimmend.

So ist in der Entscheidung über die zulässige Festsetzung einer Altersgrenze für Hebammen³⁾ festgestellt worden, der Gleichheitssatz sei nicht dadurch verletzt, daß für geburtshelfende Ärzte eine solche Altersgrenze nicht existiere. Das ergebe sich aus der grundverschiedenen Struktur des Arztberufes und aus dem hiervon erheblich abweichenden Berufsbild der Hebamme⁴⁾. Indem deren gewerberechtsähnlicher Beruf und der typisch freie Beruf des Arztes als ungleiche Lebensverhältnisse⁵⁾ voneinander abgegrenzt werden, entsteht der Eindruck, die beiden Berufe als solche seien

1) BVerfGE 9, 338 (349). Im Anschluß an diese Entscheidung, geht auch Rüpke, Gesetzgeberisches Ermessen und richterliches Prüfungsrecht, S. 108 ff davon aus, daß der Gesetzgeber die Eigenarten der Sachverhaltsbereiche zu berücksichtigen habe. Rüpke sieht im Abstecken von Lebensbereichen einen "technischen Kunstgriff, der die Ermessenseinengung ermöglicht" (a.a.O., S. 109). Es wird sich im folgenden herausstellen, daß diese Auffassung nicht haltbar ist.

2) BVerfGE 4, 219 (243 f); 6, 273 (280).

3) BVerfGE 9, 338 (349 ff).

4) a.a.O., S. 351.

5) Wenn aber Arzt und Hebamme als rechtlich oder traditionell ausgeprägte Berufsbilder eigenständige Lebensbereiche bilden, aus denen sich ergibt, welche gleichen oder ungleichen Elemente die jeweils wesentlichen sind, dann stellt sich auch bei dieser Begründung des BVerfG die Frage, wozu noch ein Ermessen vonnöten ist, über welches das Gericht auf S. 349 f ausführliche Erörterungen anstellt.

Ursprung und causa für ihre notwendige Ungleichheit. Allgemein gültig formuliert: Jeder Sachverhalt setzt grundsätzlich selbst durch seine wesentlichen Elemente den Maßstab dafür, ob er anderen gegenüber gleich oder ungleich ist. Es bleibt allerdings die Frage unbeantwortet, ob und woraus diese wesentlichen Merkmale - als etwas Absolutes? - zu erkennen sind.

Zum Vergleich soll eine andere Entscheidung ¹⁾ herangezogen werden, welche sich mit der gesetzlichen Altersgrenze für Kaminfeger befaßt. Die Altersgrenze war durch ein Bundesgesetz einheitlich geregelt worden, ohne die regional unterschiedlichen Anstellungsverhältnisse zu berücksichtigen. Das Gericht stellte jedoch nicht auf ein einheitlich typisches Berufsbild der Kaminkehrer ab ²⁾, sondern begründete die Gleichheit mit "schwerwiegenden sozialpolitischen Gründen" ³⁾, welche die Verschiedenheit der Anstellungsverhältnisse von verhältnismäßig geringfügiger Bedeutung erscheinen lasse. Der Grund für die Gleichheit aller Kaminkehrer im Hinblick auf eine Altersgrenze war damit gerade kein wesentliches Element ihres Berufes, sondern ein soziales Kriterium, welches von außen in diesen Berufsstand eingeführt worden war.

Ebensowenig war im Besoldungsrecht für Richter des gleichen Rechtszuges auf deren typische und übereinstimmende berufliche Eigenschaften Bezug genommen worden, nach denen sie als gleich angesehen hätten werden müssen; trotz des Hinweises auf das Erfordernis, wichtige Sachverhaltselemente zweier Lebensbereiche zu beurteilen ⁴⁾. Auf die in Art. 96 Abs. 1 GG ⁵⁾ anerkannte Gleichheit in Rang, Wert und Bedeutsamkeit

1) BVerfGE 1, 264 (275 f.).

2) So in der vorgenannten Entscheidung BVerfGE 9, 338 (351).

3) a.a.O., S. 276.

4) BVerfGE 12, 326 (337); vgl. auch die besoldungsrechtlichen Entscheidungen: BVerfGE 26, 72 (76 ff), 100, (111 ff), 116 (137 ff), 141 (158 ff), 163 (169 ff)!

5) Geändert durch Gesetz v. 18.6.1968, BGBl. I S. 657.

aller Gerichtszweige sowie auf die in ihrem Wesen gleiche Art, (öffentlichrechtliche, bürgerlichrechtliche oder strafrechtliche) Entscheidungen zu fällen, kam es gerade nicht an¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht erkannte zwar, daß "die Tätigkeit, die Leistung, die Verantwortung, die Arbeitslast" von Richtern der Oberlandesgerichte einerseits und des Oberverwaltungsgerichts andererseits gleich sei²⁾. Der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums und des Richtertums würde unter diesem Gesichtspunkt auch eine gleiche Besoldung verlangen. Der besondere Grund hingegen, welcher "als Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung der Besoldung vertretbar"³⁾ erschien, war die Absicht, das Amt des Oberverwaltungsrichters durch die finanzielle Ausgestaltung besonders reizvoll erscheinen zu lassen, sowie der Umstand, daß die Oberverwaltungsgerichte wegen der Vielzahl der ihnen vorgelegten landesrechtlichen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten faktisch in letzter Instanz entscheiden. Dieser zweite Gesichtspunkt ist ein besonderes Merkmal, welches nur einem der beiden verglichenen Lebensbereiche eigen ist, und könnte die Argumentation von einem Kriterium rechtfertigen, welches sich aus einem der Sachverhalte entwickeln läßt⁴⁾.

Soweit jedoch der Gesichtspunkt angeführt wird, die Länder müßten die dafür benötigten qualifizierten Richter durch finanzielle Anreize anwerben, hat dieses Argument mit dem Sachverhaltsbereich des Richterberufes unmittelbar nichts zu tun. Wegen dieses fehlenden Zusammenhangs wird denn auch die Verfassungsmäßigkeit begründet mit dem Hinweis auf die weitgehende Gestaltungsfreiheit, zu entscheiden, aufgrund welcher wichtiger Sachverhaltselemente sich die Verschiedenheit

1) Vgl. BVerfGE 12, 326 (333 ff)!

2) a.a.O., S. 334.

3) a.a.O., S. 335.

4) Die Bedeutsamkeit dieses Kriteriums soll hier als richtig unterstellt werden.

zweier Lebensbereiche ergebe ¹⁾. In einer späteren Entscheidung ²⁾ wurde als Begründung nur noch der Gesichtspunkt für ausreichend erachtet, die Absicht, einen Anreiz für ein bestimmtes Richteramt zu schaffen, reiche aus, um gleiche Tätigkeit gleicher Beamtengruppen verschieden zu entlohnen. Indem es ausdrücklich als ein "Bedürfnis" ³⁾ bezeichnet worden ist, das Richteramt reizvoll erscheinen zu lassen, kommt klar zum Ausdruck, daß diese Notwendigkeit keine Eigenschaft des jeweiligen Richteramtes ist. Der finanzielle Reiz ist diesem Amt gerade nicht eigen, sondern soll ihm erst beigelegt werden.

Betrachtet man die Argumentation einer weiteren Entscheidung, dann scheint die These vollends fragwürdig, die zu ordnenden Lebenssachverhalte legen durch ihre eigenen Wesensmerkmale den Gesetzgeber auf Gleichheit oder Ungleichheit fest und könnten zugleich die Grenze eines legislativen Ermessens bilden. Im Beschluß zur Vereinbarkeit des Konjunkturzuschlages mit dem Grundgesetz ⁴⁾, war davon ausgegangen worden, daß "sachgemäß, d.h. nach Gesichtspunkten, die sich aus der Art der zu regelnden Lebensverhältnisse ergeben" verfahren wird ⁵⁾. Für die Unterscheidung von Kapitaleinkünften und anderen Einkünften wurde dann die Notwendigkeit schneller Kaufkraftabschöpfung sowie eines unkomplizierten Verfahrens ohne großen Verwaltungsaufwand als Rechtfertigung herangezogen. Die Eigenschaft kaufkraftwirksam zu sein, ist aber allen Einkünften gemein, unabhängig vom Gegenstand ihrer Herkunft, und kann deshalb die Unterscheidung nicht rechtfertigen ⁶⁾. Umgekehrt ist das schnelle und praktikable Durchführen der Abschöpfung kein ursprüngliches

1) BVerfGE 12, 326 (337); s. auch BVerfGE 26, 141 (158)!

2) BVerfGE 26, 72 (77 f.).

3) BVerfGE 26, 100 (111); allerdings kam es in dieser Entscheidung darauf nicht an.

4) BVerfGE 29, 402 (411 ff.).

5) a.a.O., S. 411.

6) Vgl. auch unten S. 36!

Merkmal der jeweiligen Einkünfte. Dieses Kriterium, soweit es für die Ungleichheit der Einkunftsarten maßgebend sein soll, erlangt erst Bedeutung mit einer darauf hinzuelenden gesetzlichen Regelung¹⁾.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben deutlich gemacht, daß Unterscheidungen innerhalb desselben Sachverhaltsbereiches, - verschiedene Besoldung gleicher Richterämter -, nicht aufgrund eigener immanenter Kriterien erfolgten, welche sich aus tatsächlichen Umständen ergeben. Ebenso wenig wurde die einheitliche Regelung für einen selben Sachverhaltsbereich, - Altersgrenze für Kaminkehrer -, mit übereinstimmenden Merkmalen der betroffenen Sachverhalte begründet; vielmehr war im Hinblick auf tatsächliche Besonderheiten die Ungleichheit einzelner Gruppen für möglich gehalten, die gleiche Behandlung aber mit heterogenen politischen Motiven begründet worden. Damit ist ein finales Element in Erscheinung getreten, welches als solches wohl nicht dem Faktischen entnommen werden kann. Vor allem gilt dies für Gründe einer praktikablen Ausgestaltung und einer Generalisierung.

Es erscheint zweifelhaft, ob die zu regelnden Lebensverhältnisse auf einen bestimmten Gesichtspunkt hinweisen, der in ihrem Verhältnis zueinander über Gleichheit oder Ungleichheit bestimmt. Sachlich einleuchtend, vernünftig oder bedeutsam sind Attribute, welche den jeweiligen Sachverhaltselementen erst beigelegt werden.

1) Die Notwendigkeit zu pauschalieren und das Erfordernis einfacher Gestaltung spielen in der Rechtsprechung eine häufige Rolle. So wurde z.B. in BVerfGE 23, 12 (28 f) in ähnlicher Weise eine ungleiche Belastung nach dem Unfallversicherungsneuregelungsgesetz gerechtfertigt. Die Grenzen des weiten gesetzgeberischen Spielraums würden durch einleuchtende Gründe bestimmt und solche lägen darin, daß eine Generalisierung notwendig gewesen sei. Vgl. außerdem BVerfGE 11, 105 (116, 120); 14, 34 (40); 19, 101 (116); 21, 12 (27); 22, 100 (106); 23, 135 (144)! Verwegen erscheint in diesem Zusammenhang die Ansicht von Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 129, es bedürfe wegen der nicht anzuzweiflenden Richtigkeit keiner Begründung, daß notwendige Pauschalierung und Vereinfachung rechtfertigende Ursache ungleicher Behandlung seien.

Der Lebenssachverhalt wird als eine Gleichheitskomponente gesehen, ohne daß jedoch die Funktion des Sachverhaltes innerhalb der Gleichheitsbeziehung klargestellt ist. Diese grundlegende Gleichheitsproblematik läßt sich abstrahieren, ohne daß die Abstraktion einen Problemverlust bedeuten würde. Es erscheint deshalb notwendig, im nächsten Unterabschnitt die abstrakten Grundlagen der Gleichheit darzulegen, um daraus folgend mit Hilfe eines präzisierten Verständnisses von Gleichheitsbeziehung und Vergleichen erfassen zu können, ob der von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts behauptete Ermessensspielraum überhaupt bestehen kann.

2. Logischer Gleichheitsbegriff und Rechtsgleichheit

Ein Rückgriff auf den Gleichheitsbegriff in logischer wie auch in rechtlicher Hinsicht wird im folgenden die Unrichtigkeit bestätigen ¹⁾, das in jedem Lebenssachverhalt bestehende Tatsächliche begründe eine bestimmte Gleichheitsbeziehung.

a) Gleichheit und Verschiedenheit

Gleichheit als Aussage über die Beziehung zweier oder mehrerer Objekte ²⁾ zueinander ³⁾ "ist ein Verhältnis, worin Verschiedenes zueinander steht" ⁴⁾. Die Verschiedenheit ⁵⁾ ist somit Voraussetzung jeglicher Gleichheit. Als äußerliche Reflexion ⁶⁾ ist die Verschiedenheit

-
- 1) Mag dieser Exkurs bei der Lektüre zunächst umständlich erscheinen, es wird sich zeigen, daß nur dieser Umweg eine verständnisvolle Analyse des Gleichheitssatzes ermöglicht.
 - 2) Unter Objekten seien nicht nur gegenständliche Dinge verstanden, vielmehr soll dieses Wort als Oberbegriff auch für Sachverhalte und abstrakte Begriffe stehen. Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S. 17 spricht von Phänomenen.
 - 3) Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S.30; Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S. 55:"Beziehungsbegriff",vgl. auch die Definition der Gleichheit auf S. 75;Drews, Lehrbuch der Logik, S. 145;Windelband, Über Gleichheit und Identität, S. 8; Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77, 167 ff.(172)
 - 4) Windelband, a.a.O.
 - 5) D.h. das durch Unterscheidung gesetzte oder erfaßte Anderssein von etwas im Verhältnis zu etwas (Eisler, Handwörterbuch der Philosophie, S. 708). Denn "Gleichheit kann nur mindestens zwischen zweien bestehen" (Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 5; Heidegger, Identität und Differenz, S. 13 f).Vgl. auch Hesse, S. 172; Nef, S. 4 ff; Schröder, S. 54 f und 62 f ; Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 67; Windelbach, S. 8; Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 40 f ;Kappes,Gleichheitssatz und Maßnahmegesetz, S.43; Drews, S.145,148; Moog, Einheit und Zahl, S. 318!

- 6) Moog, S. 309 .

das Korrelat der Identität ^{1) 2)}, da sie aus der Bestimmung des Identischen in sich selbst resultiert ^{3) 4)}.

Ist also die gleiche oder ungleiche Beziehung auf das andere ohne die Beziehung auf das Selbst nicht bestimmbar ⁵⁾,

- 1) Von der Gleichheit als aliud zu trennen ist die Identität. Zum Begriff der Identität und deren Verhältnis zur Gleichheit s. insbesondere Schröder, S. 20 ff mit vielen Nachweisen und S. 52: "Identität ist die Bedeutung eines einstelligen Prädikats, welches aussagt, daß ein bestimmtes ideales oder reales Seiendes (Etwas) wiederholt als ein unverändertes auffaßbar und also es selbst ist.", u. S. 54 ff. Anders Windelband, S. 4, der Identität als eine Mehrheit gleicher Inhalte mit seiender Gleichheit bezeichnet, entsprechend S. 7, 8. Vgl. außerdem: Drews, S. 144 ff, S. 151 zur historischen Entwicklung des Satzes der Identität; Kappes, S. 48; Hesse, S. 173; Böckenförde, S. 67; Moog, S. 318 ff! Sie ist die Aussage über die in allen Eigenschaften bestehende Übereinstimmung nur eines einzigen Objekts mit sich selbst (Schröder, S. 52 u. 62; Moog, S. 308). Das Identische ist es selbst und nicht zugleich etwas von ihm Verschiedenes. Es handelt sich um "einen und denselben Gegenstand, der nur zweimal im Denken gesetzt wird" (Drews, S. 145). Das Identische als solches ist gleichgültig gegen das andere; es ist konstituiert in seinen spezifischen Eigenschaften, deren Veränderung es selbst aufheben würde (Drews, a. a. O.). Heidegger, S. 14: "Damit etwas dasselbe sein kann, genügt jeweils eins."
- 2) Hegel, Wissenschaft der Logik, 2. Teil, S. 35.
- 3) Hegel, Wissenschaft der Logik, 2. Teil, S. 34: "Verschiedene sind sie als in sich selbst Reflektierte". Insofern unzutreffend Moog, S. 309 f, nach welchem die Beziehung auf das Selbst ihrerseits die Beziehung auf anderes verlangen würde, da das identische Etwas ohne ein anderes Etwas nicht möglich wäre. Damit aber würde die Verschiedenheit Voraussetzung für die Identität.
- 4) Denn "das Verschiedene ist das, was es ist, eben nur in seinem Gegenteile, der Identität" (Hegel, S. 34; Hegel unterscheidet aber zwischen dem absoluten Unterschied als Negation der Identität, der wie diese Reflexion in sich selbst ist (S. 32 f.), und der Verschiedenheit als äußerliche Reflexion. Gegen die dialektische Methode Hegels wenden sich Drews, S. 168, u. Ulrici, Compendium der Logik, S. 31 und 39.). Als Verschiedenes ist jedes Identische nur wahrnehmbar wegen seiner Bestimmung in sich selbst. Die Verschiedenheit als apperzipiertes Anderssein beruht auf der Reflexion (Hegel, S. 34; Eisler, S. 708; Ulrici, S. 31; Brugger, Philosophisches Wörterbuch, S. 403), ist also äußerlich gesetzte, nicht an und für sich seiende Bestimmung (Hegel, S. 34). Sie ist feststellbar in der Unterscheidung der in sich bestimmten Inhalte.
- 5) Moog, S. 309: "...man hätte nie die Gewißheit, daß das Andere auch Anderes wäre."

so sind alle jene Eigenschaften zugleich wesentliches Element der Verschiedenheit, welche die Identität konstituieren. Die Verschiedenheit ergibt sich auch aus der jeweils eigenen identitätsmäßigen, das heißt individuellen Beschaffenheit ¹⁾. Jedes Objekt weist Eigenschaften auf, die dem anderen nicht zukommen. Nur dadurch kann es als Verschiedenes unterschieden und verglichen werden. Soweit in einer oder mehreren gemeinsamen Eigenschaften Kongruenz ²⁾ besteht, ist Gleichheit gegeben ³⁾. Der Aussagegehalt der Gleichheit ist auf vorhandene Gemeinsamkeiten beschränkt. Über diese hinaus fehlt es an einer Übereinstimmung ⁴⁾ ⁵⁾. Verschiedenheit wie Gleichheit basieren also auf den identitätsmäßigen Eigenschaften der Objekte.

1) In diesem Sinne auch Schröder, S. 62.

2) Schröder, S. 57 spricht von einem "identischen Etwas"; vgl. auch: Podlech, S. 31; Windelband, S. 15 f; Husserl, Logische Untersuchungen, Bd. II, 1. Teil, S. 112; Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 81

3) Im Grenzfall mag das die bloße Existenz sein, bei Gegenständen nur deren Wahrnehmbarkeit. Moog, S. 308 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß nicht Grenzfall der Gleichheit Identität ist.

4) Als Aussage über die Gemeinsamkeit in lediglich die Verschiedenheit nicht begründenden Merkmalen kann die Gleichheit somit niemals absolut sein. Vgl. zu diesem Fragenkomplex: Nef, S. 20: "Absolute Gleichheit ist ein Unbegriff"; Windelband, passim; Böckenförde, S. 68: "Absolute Gleichheit gibt es nicht"; Hesse, S. 173; Schröder, S. 65 ff; Moog, S. 318! Es ist allerdings möglich, zwei Dinge so zu behandeln, als seien sie völlig gleich, indem von den vorhandenen Ungleichheiten abgesehen wird. Das ist aber kein Problem der eigentlichen Gleichheitsbeziehung.

Zur absoluten Gleichheit in der Mathematik siehe Nef, S. 32 ff; Hesse, S. 173, Fn. 5; Kappes, S. 49, Fn. 1; Schröder, S. 67 f; richtig ist wohl nur die Auffassung von Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S. 16, der hervorhebt, daß es auch in der Mathematik keine absolute Gleichheit, sondern nur eine Gleichung in bezug auf die Axiome der Mathematik gibt; in diesem Sinne auch Moog, S. 319, der betont, daß auch die mathematische Gleichheit die Verschiedenheit der Zahlen als Ziffern voraussetzt.

Zu der von der Gleichheit miterfaßten Relativität siehe: Schröder, S. 69 u. 227: "Relative Gleichheit ist ein Pleonasmus"; ebenso Schubach, S. 41; Franz Klein, S. 17 ff, insbesondere gegen Nef, nach dem es nur eine "Gleichheit hinsichtlich" (S. 15) gibt, also das Relative nicht schon im Begriff der Gleichheit enthalten sei.

5) Gleichheit bedeutet Identität im Partiellen, nicht aber partielle Identität, Schröder, S. 69.

Die Verschiedenheit allein läßt jedoch einen Schluß auf Gleichheit oder Ungleichheit nicht zu. Denn Gleichheit ist weder in dem einen noch in dem anderen Objekt oder Sachverhalt enthalten, noch in deren bloßen Summe, sondern eine Urteilsformel des reflektierenden Denkens ¹⁾. Gleichheit ist eine Aussage über die Beziehung von Vorstellungsinhalten zueinander beruhend auf den konstitutiven individuellen Eigentümlichkeiten der verglichenen Objekte. Ermöglicht wird sie erst durch ein zum Bezugspunkt herausgestelltes Vergleichsmerkmal, durch das tertium comparationis. Gleichheit als Aussage, als Prädikat ²⁾ gibt daher auch keine Anhaltspunkte, unter welchem tertium comparationis Gegenstände verglichen werden sollen. Das ist eine dem Vergleich vorgelagerte Frage. Das Maß der Vergleichung hängt in jedem Falle vom Standpunkt der Reflexion ab, die darüber entscheidet, was für sie wesentlich und was unwesentlich sein soll ³⁾, wie umgekehrt die Relation keinem der Vergleichsobjekte immanent ist.

1) Windelband, S. 13.

2) Podlech, S. 30 kennzeichnet Gleichheit als ein dreistelliges Prädikat; ähnlich Schröder, der von einem mehrstelligem Prädikat spricht, S. 74.

3) Windelband, S. 8 f.

b) Die Bedeutung des Vergleichsmerkmals

Sie läßt sich mit der eines Maßstabes ¹⁾ apostrophieren. Das Vergleichsmerkmal muß bei der Gleichheit identisch sein, nicht aber beim Vergleichen ²⁾, da dieses als Erkenntnisvorgang auch zum Ergebnis der Ungleichheit führen kann; und zwar dann, wenn in dem als tertium comparationis herausgestellten Kriterium keine Übereinstimmung besteht. Das tertium comparationis ist damit Grundlage auch für die Feststellung der Ungleichheit ³⁾. Der Vergleich setzt nur voraus, daß das zum Vergleichskriterium erhobene Merkmal mindestens einem der verschiedenen Objekte immanent ist. Voraussetzung für die Gleichheit ist dann, daß alle Objekte die durch das tertium comparationis bezeichnete Eigenschaft aufweisen; oder umgekehrt: das tertium comparationis enthält ausschließlich auf jedes Vergleichsobjekt zutreffende Merkmale ⁴⁾. Es ist eigentümliches Bestandteil der jeweiligen Vergleichsobjekte, denn "Gleichheit ist eine Relation, in die zwei Inhalte zueinander gesetzt sind, wobei die verglichenen Objekte selbst durch ihre übereinstimmenden Merkmale das Fundament der Gleichheitsbeziehung abgeben" ⁵⁾. Ist Gleichheit gegeben, dann ist das tertium comparationis dasjenige, worin die Vergleichsobjekte übereinstimmen, ein Wesensmerkmal, abstrahiert auf einen Bezugspunkt, an dem die Gleichheit der anderen Objekte gemessen wird ⁶⁾.

Die Auswahl des Vergleichskriteriums besteht also im Ver selbstständigen eines bestimmten (mehrgliedrigen) Charakteristikums. Dieses wird durch Abstrahieren Meßnorm für die

1) Dagegen ist Gleichheit selbst kein Maßstab, da es Gleichheit an sich nicht gibt, Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S. 166.

2) So aber Eisler, Handwörterbuch der Philosophie, S. 660 und in diesem Sinne auch andere Autoren, indem sie es als ein gemeinsames Drittes bezeichnen, vgl. u. a. Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 6 und Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 40!

3) Ähnlich Kappes, S. 49.

4) Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S. 71.

5) Eisler, S. 256.

Bewertung der Übereinstimmung mit anderen Vergleichsobjekten. Von welchem der einzelnen Objekte ausgegangen wird, ist gleichgültig. Denn sind alle in einer bestimmten Weise rot, so gibt es für das Rotsein als solches keine Priorität. Ist hingegen A rot und B grün, so läßt sich die Andersfarbigkeit sowohl von Seiten des Rot gegen das Grün wie umgekehrt feststellen. Einzelne Vergleichsobjekte selbst zielen aber niemals auf einen in bestimmter Weise zu erfolgenden Vergleich hin. Jedes ist zwar aufgrund seiner anderen Eigenschaften verschieden, in sich aber als ein Identisches nur konstitutiv, niemals reflektiv. Der Vergleich als das In-Ein-Verhältnis-Setzen ist den jeweiligen Objekten äußerlich ¹⁾; die hergestellte Beziehung ist den verglichenen Objekten nicht eigen. Ob sie überhaupt verglichen werden und in bezug auf welches tertium comparationis, ist ihnen gleichgültig ²⁾; sie sind insoweit neutral ³⁾. Die als Vergleichspunkte möglichen Eigenschaften sind deshalb von den Objekten her gleichwertig ⁴⁾.

Es gibt keine dem jeweiligen Sachverhalt dominierende wesensmäßige Eigentümlichkeit, die bei der Auswahl des tertium comparationis zu berücksichtigen wäre ⁵⁾. Dies könnten nur spezifische Eigenschaften sein, die das Sein im Sinne der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung ausmachen. Das aber wäre ein Trugschluß, denn ein Vergleich muß keinesfalls auf Gattungsmerkmalen bezogen sein. Eine Kugel und ein Ei können in mehrererlei Hinsicht verglichen werden (Gewicht,

Fußnote zu S. 17 :

- 6) Schröder, S. 72 f und 259 spricht ebenfalls von Abstraktion, aber in dem verschiedenen Sinne, daß damit die nichtberücksichtigung unterscheidender Merkmale angesprochen wird.

Fußnoten zu S. 18:

1) Hegel, S. 36.

2) Kappes, S. 50.

3) Darauf weist vor allem Kappes hin, S. 49.

4) Franz Mein, S. 15.

5) Im Ergebnis ebenso Windelband, S. 9.

Volumen etc.). Die das Wesen der Kugel bestimmende Eigenschaft ist der gleiche Abstand aller Punkte der Außenfläche zum Mittelpunkt. Gerade das Gegenteil ist der Fall bei einem Ei, das einen elliptischen Mittelpunkt hat. Dennoch können Gewicht und Volumen gleich sein. Wohl könnte man meinen, gewisse Gattungsmerkmale seien für die Bestimmung der Identität von besonderer Bedeutung. Das ist selbst für das Identische als einem nur in sich Reflektierten und lediglich in sich Bestimmten falsch. Erst die äußere Reflexion, und sei es nur die auf den Betrachter bezogene unterteilt in Hauptmerkmale und weniger wesentliche Eigenschaften.

Hier liegt der Berührungspunkt der Gleichheit im logischen Sinn und der juristischen Rechtsgleichheit. Nämlich in der Frage, welches Kriterium soll dem Vergleich und damit der Gleichheit zugrunde gelegt werden. Denn sind die Eigenschaften der Vergleichsobjekte in ihrer Vergleichbarkeit ebenbürtig, dann kann sich nur von außen her das Problem stellen, ob bestimmte Merkmale als für die rechtliche Gleichheit wesentlich berücksichtigt werden müssen.

Vom rein logischen Standpunkt aus hat es sich als unrichtig erwiesen, daß ein Sachverhalt allein durch die von ihm repräsentierte Faktizität eine bestimmte Vergleichshinsicht zur Folge hätte. Der Grund hierfür liegt in der Identität eines jeden zu vergleichenden Sachverhaltes, welche als solche ausschließlich konstitutiv ist und logisch in reflektiver Hinsicht wertneutral gesehen werden muß. Gleichheit selbst ist kein Wert, sondern eine Beziehung, welche gerade einen Wert voraussetzt, auf dessen Grundlage sie sich bestimmen läßt.

c) Gleichheit im Recht ¹⁾

Die Gleichheit gewinnt juristische Relevanz, indem an ein bestimmtes tertium comparationis rechtliche Folgen geknüpft werden. Sie ist grundlegend statuiert als Gleichheit "vor dem Gesetz" in Art. 3 Abs.1 GG. Durch die Normierung in Art. 1 Abs.1 GG ²⁾ hat die Menschenwürde ³⁾ die Bedeutung eines absoluten tertium comparationis ⁴⁾ erhalten. Auf diese Aussage nimmt Art.3 Abs.1 GG Bezug ⁵⁾:" Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich." Für das Grundrecht der Menschengleichheit ist allein das wesensmäßige Sein ⁶⁾ als Mensch bedeutsam. Damit ist die Menschengleichheit auf jene Sachverhalte beschränkt, in denen die Menschenwürde als das allen Gemeinsame tangiert wird ⁷⁾. Im Hinblick auf ihr Mensch-Sein ⁸⁾ kommt allen Menschen die gleiche Würde zu, ohne daß individuelle Besonderheiten darauf einen Einfluß hätten.

Auch die Rechtsgleichheit ist eine Aussage über die Beziehung von Verschiedenem mit dem Inhalt, daß in einem bestimmten tertium comparationis Übereinstimmung besteht. Wegen der logischen Gleichwertigkeit aller Eigenschaften

-
- 1) Allgemein zum Begriff der Rechtsgleichheit vgl.Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit,S.83 ff,insbes.S.85!
 - 2) Art.1 Abs.1 GG:"Die Würde des Menschen ist unantastbar."
 - 3) Maunz-Dürig-Herzog,Grundgesetz,Art.1 Abs.1,Anm.4,14: Oberstes Konstitutionsprinzip unserer Verfassung ist die Würde des Menschen.Vgl.auch BVerfGE 6,32(36,41);12,45 (53); 27, 1 (6)!
 - 4) Dürig,Der Grundsatz von der Menschenwürde,AöR 81,117 (143); ders.Gleichheit,Sp.986; Maunz-Dürig-Herzog,Grundgesetz,Art.1 Abs.1,Anm.1,4;Nef,Gleichheit und Gerechtigkeit,S.41 f;Geiger,Gleichheitssatz und Gesetzgeber,S.171; Schubach,Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum allgemeinen Gleichheitssatz,S.97 f;Wintrich, Rechtsidee und Verfassungsrichtertum,JZ 54,454 ff(454).
 - 5) Nach Dürig,Gleichheit,Sp.986,ist im Gesamtsystem der Grundrechte Art.3 Abs.1 GG die positivrechtliche Folge der in Art.1 Abs. 1 GG enthaltenen Aussage, daß allen Menschen die gleiche Würde eigen ist.
 - 6) S.o.,S.16, zwischen allem Verschiedenen besteht stets Übereinstimmung zumindest in der bloßen Existenz.
 - 7) Geiger,Gleichheitssatz und Gesetzgeber,S.171 f.
 - 8) Von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz,Art.3,Anm. II,3.

eines Objektes wie auch jedes Begriffes könnte grundsätzlich ein jedes dieser Merkmale als Vergleichskriterium dienen. Der Rechtsbegriff der Gleichheit zeichnet sich allein dadurch aus, daß für eine Normierung ein bestimmtes Kriterium als wesentlich und damit allein maßgeblich erkannt wird. Nur dieses Merkmal ist entscheidend für die Rechtsfolge. Alle anderen Kriterien sind rechtlich ohne Belang, denn mangels tatbestandlicher Normierung vermögen sie zur Verwirklichung der Rechtsfolge nichts beizutragen.

Die Überlegungen zur logischen Struktur der Gleichheitsbeziehung haben erkennen lassen, daß die Frage nach dem maßgeblichen tertium comparationis nur aufgrund einer bestimmten Vergleichshinsicht beantwortet werden kann. Gleichheit an sich gibt es nicht. Art. 3 Abs. 1 GG könnte allenfalls Hinweise geben, welche Aspekte die Auswahl des Vergleichskriteriums bestimmen.

Als allgemeiner Gleichheitssatz enthält Art. 3 Abs. 1 GG ¹⁾ das Gebot, gleiches Recht zu setzen für alles Gleiche ²⁾; er verbietet, bei wesentlicher Gleichheit Unterschiede zu machen, die dieser Gleichheit zuwider laufen würden. Zudem soll der allgemeine Gleichheitssatz das Gebot sachgerechter Differenzierung enthalten ³⁾; Ungleiches

1) Vgl. statt vieler: v.Mangoldt/Klein, Art. 3 GG, Anm. II 4 und III 2; Fuß, JZ 59, 329 ff (330); Küchenhoff, JR 59, 281 ff (282); Leibholz/Rink, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3, Anm. 1.

2) Wernicke, BK, Art. 3, Anm. II 1 d; Bettermann, S. 88.

3) Fuß, JZ 59, 329 (330); Küchenhoff, JR 59, 281 (282); Schröder, S. 240; gegen ein solches Gebot aus Art. 3 Abs. 1 GG wenden sich: Bettermann, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, S. 91 f; Giese-Schunk, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3 GG, Anm. III 3; gegen ein aus Art. 3 Abs. 1 GG folgendes Gebot der ungleichen Behandlung auch Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 56 ff, der zwar eine Begründbarkeit für möglich hält (S. 57), das Differenzierungsgebot aber ablehnt, da sonst die Rechtsprechung zum Herrn aller Rechtssetzung würde (unter Berufung auf Ibsen, Gleichheit, und v.Mangoldt/Klein). Dabei wird aber eine grenzenlose Freiheit der Legislative unterstellt.

entsprechend seiner Verschiedenheit zu behandeln ¹⁾.

Das Gebot der Gleichbehandlung setzt also die Gleichheit voraus, wie umgekehrt eine Differenzierung nur unter der Voraussetzung des Ungleichens erfolgen soll. Gleichheit wie Ungleichheit einerseits und die rechtsfolgemäßige Behandlung andererseits stehen in einem formalen ²⁾ Grund-Folge-Verhältnis. Was gleich und was ungleich ist, muß von der Frage der darauf folgenden Behandlung getrennt werden. Jede rechtsfolgemäßige Behandlung erfolgt ausschließlich unter einer tatbestandlich normierten Voraussetzung. Die Forderung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach gleicher Behandlung basiert auf der Erkenntnis, daß in einem beliebigen Einzelfall diese Voraussetzung ebenfalls verwirklicht ist; deshalb müsse die gleiche Folge eintreten. Die Gleichbehandlung ist nicht die Verwirklichung der Gleichheit, sondern deren notwendige, weil in Art. 3 Abs. 1 GG normierte Folge. Das Feststellen der Gleichheit ist damit etwas Primäres vor der Entscheidung, ob und welche Rechtsfolge eintreten soll. Möglich ist sie überhaupt erst auf der Grundlage eines Vergleichskriteriums.

Damit normiert der allgemeine Gleichheitssatz Handlungsmodalitäten je nach der Voraussetzung der Gleichheit oder Ungleichheit und legt eine bestimmte Vergleichshinsicht gerade nicht fest. Die Besonderheit des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt darin, daß diese Rechtsregel "nicht ausdrückt, was mit ihr vereinbar ist oder nicht" ³⁾.

1) BVerfGE 1, 14 (52), 264 (275 f.); 2, 118 (119); 3, 58 (135); 4, 144 (155); 9, 201 (206), 237 (244); 11, 64 (71); 16, 6 (24 f.); 20, 31 (33); 23, 98 (107), 153 (168, 189) 288 (313).
Küchenhoff, JR 59, 281 (282); Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 31; Rüpke, S. 47 f.; Geiger, S. 171; Schubach, S. 34; v. Mangoldt/Klein, Art. 3, Anm. III 1; Kappes, S. 84 f.; Schröder, 169 ff. und 239 ff.; Nef, S. 103 f.

2) Vgl. auch unten S. 61!

3) Podlech, S. 86; vgl. auch Fuß, JZ 59, 329 (330): Die Legislative schaffe sich sozusagen selbst das Gesetz unter dem sie antrete. Auch Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 67 weist darauf hin, das Eigengewicht des Gleichheitsgedankens liege in der Bindung an bestimmte Handlungs- und Behandlungsmaßstäbe und nicht in der Erhaltung und Verschaffung eines bestimmten, abegrenzten Rechtes.

In neuerer Zeit hat vor allem Luhmann diesen Gedanken ausgeführt und dargelegt, das in Art. 3 Abs. 1 GG enthaltene Gleichheitsprinzip enthalte "keine Ordnung, sondern nur ein Schema möglicher Ordnung, das durch Relevanzgesichtspunkte für die Auswahl des Gleichen konkretisiert werden muß." ¹⁾ Ein solches Schema ist mangels einer sicheren Entscheidungsgrundlage nicht anwendungsreif, "sondern nur ein Verständnispotential, auf dessen Basis die jeweilige Ordnung dann konstituiert und mit der Umwelt ausgehandelt werden kann: Im Falle des Gleichheitsprinzips durch Institutionalisierung von Gründen für relevante Vergleichshinsichten" ²⁾. Gleichheit ist deshalb weder ein der Gerechtigkeit entstammender Wert oder eine aus dem Vergleichsgesichtspunkt abgeleitete Werthaftigkeit ³⁾, noch Rechtsgrund für die Behandlung. Als im allgemeinen Gleichheitssatz enthaltenes Prinzip dient es der "korrigierenden Absicherung einer rein technisch verstandenen Handlungsrationalität in einer Systemrationalität komplizierterer Art, die nicht nur spezifische wertvolle Wirkungen, sondern darüber hinaus den Bestand des Entscheidens und Handelns in komplexen Systemen sicherstellen soll" ⁴⁾.

1) Luhmann, Grundrechte als Institution, S.173, die Funktion des Gleichheitsprinzips "liegt darin, die Komplexität der Systemumwelt als eine in bestimmter Weise schematisierte Unendlichkeit abzubilden und so dem System Ansatzpunkte für die Bewältigung des Komplexitätsproblems zu bieten." Die Umwelt wird dargestellt als "Unendlichkeit möglicher Vergleichsbeziehungen." Ebenso in: Zweckbegriff und Systemrationalität, S.133 Fn. 43, der die Gleichheit als eine Systemstrategie sieht, die als systemrelative Umweltschematisierung dazu dient, die Komplexität der Umwelt zu reduzieren.

2) Luhmann, a.a.O.

3) Es stellte sich dann die Frage, ob Gleichheit nicht als höheres Gut der Ungleichheit vorzuziehen wäre; vgl. Luhmann, a.a.O., S. 168!

4) Luhmann, a.a.O., S. 173.

d) Das Vergleichskriterium als tatbestandliches Merkmal im Rechtssatz

Es kann also weder dem logischen Gleichheitsbegriff noch dem Rechtsbegriff der Gleichheit entnommen werden, unter welchem Gesichtspunkt verschiedene Sachverhalte verglichen werden sollen, welche Merkmale der Vergleichsobjekte als Kriterium über gleich oder ungleich entscheiden. Vor allem läßt sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ein materialer Maßstab für eine verfassungsrechtliche Gleichheit nicht herleiten ¹⁾. Erst gar nicht legen zu vergleichende Sachverhalte eine bestimmte Vergleichshinsicht fest, da sie aufgrund ihrer Identität insoweit neutral sind. Dieses Problem liegt nicht in der Interpretation des Gleichheitssatzes, sondern außerhalb dieser Verfassungsregel, nämlich im Bestimmen des tertium comparationis. Damit ist jedoch nicht der Beweis erbracht, daß mangels konkreter Aussage des Gleichheitssatzes eine weite legislatorische Freiheit besteht. Allein soviel kann festgehalten werden: Auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes kann einzelnen Sachverhalten weder eine Grenze für ein irgendwie geartetes Ermessen entnommen werden, noch läßt sich auf der Grundlage des Gleichheitssatzes die Frage beantworten, wie innerhalb eines unterstellten Ermessensspielraumes entschieden werden sollte!

Die weiteren Überlegungen haben davon auszugehen, daß die Forderung des Gleichheitssatzes nach gleicher Behandlung das Feststellen der Gleichheit und das dafür maßgebliche Kriterium voraussetzen. Die Behandlung soll stets dann erfolgen, wenn die für die Gleichheit normierte Voraussetzung, das tertium comparationis, erfüllt ist. Dieses erhält damit die Funktion eines tatbestandlichen Rechtsbegriffes. Gleichheit selbst kann als Beziehung niemals den Charakter eines

1) Ebenso Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 85.

Rechtsbegriffes ¹⁾ im gesetzlichen Tatbestand haben, wohl aber beruht ihre Aussage auf einem Rechtsbegriff. Das bedeutet: immer dann, wenn einem Sachverhalt die durch das tertium comparationis als maßgeblich erklärten Kriterien eigen sind, also Gleichheit, Übereinstimmung in diesen Kriterien, festgestellt werden kann, tritt die von diesen Voraussetzungen abhängige Rechtsfolge ein. Diese formale Gleichheitsforderung ist in jeder abstrakt generellen Rechtsnorm verwirklicht ²⁾. "Jeder Rechtssatz bewirkt kraft der ihm eigenen begrifflichen Erfassung von Menschengruppen und der damit verknüpften Verhaltensanforderung, die sich an alle merkmalsmäßig erfaßten Menschen richtet, eine rechtliche Gleichstellung oder rechtliche Gleichheit der von ihm erfaßten Menschen" ³⁾.

1) So aber Kappes, Gleichheitssatz und Maßnahmegesetz, S. 121.

2) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 393: "Es ist die logische Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm, die vorschreibt, daß bestimmte Individuen unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise behandelt werden sollen..., daß unter einer bestimmten Bedingung eine bestimmte Rechtsfolge eintreten, insbesondere eine bestimmte Behandlung erfolgen soll"; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 65: Es liegt in der Natur eines Rechtssatzes, daß "die Rechtsfolge mit ihrem Sollensinhalt der jeweiligen Tatbestandserfüllung mit logischer Unbedingtheit zugeordnet ist".

3) Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S. 117.

3. Sachlicher Grund und Sachbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat vielfach hervorgehoben, daß die Legislative bei der Ausgestaltung von Gesetzen sich an Gründen orientieren muß, die sachgerecht ¹⁾, sachlich ²⁾, sachgemäß ³⁾ sind ⁴⁾. Allerdings erfährt die Gestaltungsfreiheit eine lediglich negative Ausgrenzung zur evidenten Unsachlichkeit hin ⁵⁾. Ungeklärt bleibt,

-
- 1) BVerfGE 9, 137 (146); 21, 12 (26 f); 26, 1 (8); 28, 66 (87); 29, 327 (335); 30, 250 (271), 409 (414).
 - 2) BVerfGE 6, 85 (91); 21, 292 (298); 25, 58 (65); 28, 227 (242); 30, 227 (246), 250 (271).
 - 3) BVerfGE 21, 292 (304); 29, 402 (411).
 - 4) Oder ähnliche Formulierungen: "Zwingend": BVerfGE 12, 10 (25); 14, 121 (133); "Nicht sachwidrig": BVerfGE 29, 413 (431, 434); "Einleuchtend" oder "Sachlich einleuchtend": BVerfGE 9, 334 (337); 13, 331 (355); 23, 327 (336); 25, 101 (108), 269 (293); 30, 409 (413); "Ausreichende Sachgründe": BVerfGE 28, 227 (238); "Sachlich vertretbar": BVerfGE 12, 326 (333); 13, 356 (364); "Sachlich (hinreichend) gerechtfertigt": BVerfGE 13, 331 (331); 27, 111 (130).
 - 5) BVerfGE 1, 264 (276); 2, 118 (119); 3, 4 (11); 9, 124 (130); 12, 326 (333), 341 (348); 23, 50 (60), 135 (143), 258 (263); 27, 253 (288); 28, 227 (238, 242); 32, 137 (191).
Mit Hilfe der Willkürlehre, welche auf das Sachliche abstellt, wird versucht, ein gewisses Maß an Objektivität in die subjektive Entscheidung über Gleichheit oder Ungleichheit einzuführen. Ob dies tatsächlich gelingt, mag dahingestellt sein. Kappes, Gleichheitssatz und Maßnahmegesetz, S. 112 ff bringt dagegen zumindest respektable Einwände: Die Subjektivität des individuellen Urteils trete nach der Willkürlehre gewissermaßen zweifach zu Tage: Ob wesentlich Gleiches oder Ungleiches vorliege und ob das vom Gesetzgeber gewählte tertium comparationis sachgemäß, haltbar, vertretbar ist.

Um jedoch die gewünschte Objektivität zu erlangen, wird statt der Anwendung eines kaum möglichen Gerechtigkeitsbegriffes auf die negative Abgrenzung zur Willkür hin ausgewichen. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 196: Es sei sogar leichter, den materialen Gehalt der Willkür als den der Gerechtigkeit zu umschreiben, da man über den Gerechtigkeitsgehalt einer gesetzlichen Regelung noch streiten und verschiedener Meinung sein könne. Im Falle der Willkür sei dies nicht so, da hier ein so schwerwiegender Verstoß gegen die Anforderungen der Gerechtigkeit vorliege, daß unter allen vernünftig denkenden Menschen Einverständnis über den mangelnden Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung bestehen sollte.

ob und wie positiv die Sachgerechtigkeit bestimmt werden kann. Die Konstruktion eines kaum nachprüfbaren Ermessens hilft dann zwar aus der Klemme juristisch ungereimter Argumentationen ¹⁾.

Für den Fall des Vorliegens eines evident sachlichen Grundes stellt sich andererseits die Frage nach der berechtigten Existenz einer darüber hinausreichenden Gestaltungsfreiheit, möglicherweise einer Freiheit, einem anderen, wenn auch ebenfalls sachgemäßen Grund den Vorzug zu geben ²⁾.

Auch den Begriff des Sachlichen interpretiert das Bundesverfassungsgericht vielfach zum Tatsächlichen hin: "Sachgemäß, d.h. nach Gesichtspunkten die sich aus der Art der zu regelnden Lebensverhältnisse ergeben " ³⁾. Das sachlich Vertretbare habe sich an der Eigenart der konkreten und jeweils zu regelnden Sachverhalte zu orientieren ⁴⁾, "es muß sich aus dem Sachverhalt, den die differenzierende Regelung zum Gegenstand hat, gerade für sie ein sachlich vertretbarer Grund anführen lassen" ⁵⁾. Die Unrichtigkeit der Überlegung, die tatsächlichen Gegebenheiten machten den Inhalt des Sachgemäßen aus, ist bereits dargelegt worden. Soll die Sachlichkeit für den Gleichheitssatz Bedeutung erlangen, dann kann sie nicht im Faktischen begründet sein, weder als tertium comparationis noch als Vergleichshinsicht.

1) Vgl. auch Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 123: Anhand der Gerechtigkeit lassen sich nur die größten Verstöße nachweisen, nicht aber Grenzfälle. "Aus dieser Erkenntnis heraus ist dann auch das Postulat der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers als Regulativ verständlich ...".

2) BVerfGE 3, 58 (135): Innerhalb des Spielraums seien viele Regelungen denkbar; vgl. auch BVerfGE 25, 269 (293)!

3) BVerfGE 29, 402 (441).

4) BVerfGE 17, 122 (122 f, 130 f); s. auch BVerfGE 4, 219 (243)!

5) Ebenso BVerfGE 19, 1 (8).

a) Der sachliche Grund als zweckbezogenes Kriterium

In der Entscheidung zum Rabattgesetz ¹⁾ hat das Bundesverfassungsgericht ²⁾ die Unterscheidung von Kaufhäusern, Supermärkten und anderen Unternehmen einerseits und Warenhäusern sowie entsprechenden Geschäften andererseits wegen nicht sachgemäßer ³⁾ Abgrenzung für verfassungswidrig erklärt. Als Kriterium war nach dem Wortlaut des § 6 Rabattgesetz die Eigenschaft eines Warenhauses ⁴⁾ oder die "besondere Art der Preisstellung" maßgebend gewesen. Jene Norm sollte verhindern, daß Großbetriebe, insbesondere Warenhäuser ⁵⁾, neben ihrer günstigen Preisgestaltung ⁶⁾ noch Barzahlungsnachlässe gewährten. Das Gericht geht davon aus, daß der Schutz des mittelständischen Einzelhandels ⁷⁾ gegenüber übermächtigen Großunternehmen das leitende gesetzgeberische Motiv und somit der Zweck des Gesetzes ist. Maßgebendes Kriterium für die durch das Rabattgesetz Begünstigten hätte daher "die Zugehörigkeit zum Mittelstand,

1) Gesetz über Preisnachlässe vom 25.11.1933 (RGBl. I S. 1011) i. d. F. v. 21.7.1954 (BGBl. I S. 212).

2) BVerfGE 21, 292 (298 ff.).

3) a. a. O., S. 304; S. 298: "Der gezielte Eingriff in den freien Wettbewerb ... müßte durch zureichende sachliche Gründe gerechtfertigt sein, um vor dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bestehen zu können".

4) Nach Tetzner, RabattG, § 6 Anm. 12 ist kennzeichnend für ein Warenhaus a) ein breites Sortiment verschiedener in sich zusammenhangloser Waren, b) direkter Großeinkauf in verschiedensten Branchen, c) die Eigenschaft eines Großbetriebes. Demgegenüber führt das Kaufhaus als spezialisierter Großbetrieb kein zusammenhangloses Sortiment.

5) Die weiteren in § 6 RabattG genannten "Einheits-, Klein- oder Senengeschäfte" seien hier ausgeklammert, da die Teilgruppe der Warenhäuser stellvertretend für diese behandelt werden kann. Insgesamt unterscheiden sich diese Unternehmen von den Einzelhandelsgeschäften durch ihre Betriebsstruktur, die vor allem das Warenhaus verkörpert, vgl. BVerfGE a. a. O., S. 296!

6) Resultierend aus der "Möglichkeit zu günstigen Masseneinkäufen unmittelbar beim Erzeuger unter Umgehung des Großhandels", BVerfGE a. a. O., S. 298.

7) Als "vertretbares und verfassungsrechtlich zulässiges wirtschaftspolitisches Ziel", BVerfGE a. a. O., S. 299; ebenso BVerfGE 10, 101 (114 f); vgl. auch Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 117!

für die vom Rabattverbot Betroffenen die Eigenschaft als Großunternehmen" ¹⁾ sein müssen. In dieser Begründung kommt ein Zusammenhang zum Ausdruck zwischen dem Gesetzeszweck sowie, soweit noch erkennbar und von Bedeutung ²⁾, der Motivation der Legislative und der im gesetzlichen Tatbestand betroffenen Unterscheidung.

Es stand fest, - aus Gründen, welche hier nicht zu interessieren brauchen - , daß Kauf-, Diskounthäuser, Supermärkte und Versandhäuser nicht die Voraussetzung des § 6 RabattG erfüllten ³⁾. Da die genannten Unternehmen nach dem Zweck des Gesetzes als nicht mittelständische Betriebe ebenfalls von dem Rabattverbot hätten betroffen werden müssen, waren die dafür im Tatbestand des § 6 RabattG gesetzten Voraussetzungen nicht zutreffend normiert. Es wäre notwendig gewesen, ein dafür spezifisches Kriterium als Tatbestandsmerkmal zu setzen, da anderenfalls das verfolgte Ziel des Mittelstandschutzes nicht erreicht werden kann. So gesehen würde sich die "sachgemäße Abgrenzung" ⁴⁾ aus dem Gesetzeszweck entwickeln lassen.

Zu einem gleichen Ergebnis ist das Bundesverfassungsgericht ⁵⁾ in seiner früheren Entscheidung zur Zweigstellensteuer ⁶⁾ gelangt. Die Motivation, eine möglichst große Zahl selbständiger mittelständiger Existenzen zu erhalten, sei nicht folgerichtig durchgeführt ⁷⁾. Das Gericht zieht

1) a.a.O., S. 304.

2) Der Gesetzeszweck wäre nach objektiv teleologischen Grundsätzen zu ermitteln, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 253 ff und 259!

3) Zum einen führen sie kein besonderes breites zusammenhangsloses Sortiment (Warenhaus), zum anderen zeichnen sie sich nicht durch eine besonders typische Preisstellung aus, vgl. Tetzner, a.a.O., Anm. 14 f!

4) BVerfGE a.a.O., S. 304.

5) BVerfGE 19, 101 (114).

6) § 17 Abs. 1 Gewerbesteuergesetz i.d.F.v. 25.5.1965 (BGBl. I S. 459).

7) a.a.O., S. 116 f.

auch in dieser Entscheidung einen Schluß von der Zielvorstellung des Gesetzgebers auf das Kriterium, auf Grundlage dessen über den vom Gesetz betroffenen Sachverhaltsbereich entschieden werden muß. Die eigentliche Begründung müßte allerdings lauten: Das Unterhalten einer Zweigstelle ist kein Kriterium für die Beurteilung und Abgrenzung eines mittelständischen Unternehmens. Damit steht zur Diskussion, ob das durch eine gesetzliche Regelung erstrebte Ziel, - zum Beispiel Mittelstandschutz -, die im gesetzlichen Tatbestand normierten Voraussetzungen in entscheidender Weise beeinflußt. Bei solcher Betrachtung scheint es sich um ein Tatbestandsproblem zu handeln, das für einen irgendwie gearteten Ermessensspielraum keinen Platz läßt.

Das Gericht steht damit selbst im Widerspruch zu seiner, - bereits als zweifelhaft erkannten ¹⁾ -, These, die von einer Regelung betroffenen Sachverhalte intendierten als solche, gleichsam eo ipso eine bestimmte Vergleichshinsicht. In den dargestellten Entscheidungen wird der sachgerechte, sachgemäße Grund, welcher für die tatbestandliche Unterscheidung des Gleichen vom Ungleichen maßgebend ist, im Zusammenhang mit der Finalität der Norm gesehen. Er muß seinen Ursprung außerhalb des faktischen Bereichs der Lebenssachverhalte haben, wenn er überhaupt als relevantes Kriterium zu beachten sein soll. Damit rückt der Terminus des sachlichen Grundes in eine unmittelbare Nähe des bisher als tertium comparationis bezeichneten Vergleichskriteriums; eine Nähe welche an eine Kongruenz beider Begriffe denken läßt. Beide dienen der Unterscheidung des Gleichen vom Ungleichen, beide stehen in abgeleitetem Zusammenhang mit dem Gesetzeszweck.

1) S. o. S. 12!

b) Der Sachbereich

Wiewohl in der Rechtsprechung häufig die Formulierung gebraucht wird, aus der Natur des Sachbereiches ¹⁾ heraus sei über die richtigen, d.h. sachgemäßen Vergleichsmerkmale zu entscheiden, findet sich nirgendwo eine nur halbwegs anwendbare, konkrete Umschreibung dieses Komplexes. Wie bereits bemerkt wurde, ist dann ein Institut legislatorischen Ermessens notwendig, wenn gerade mangels definitiver Fixierung der "Sache" nicht beurteilt werden kann, ob eine Differenzierung eben aufgrund "sach-" gerechter Erwägungen ²⁾ erfolgt ist.

Das Bundesverfassungsgericht ³⁾ hatte zu entscheiden, ob § 12 UHaftEntschG ⁴⁾ zulässigerweise solche Ausländer von der Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft ausnehmen könnte, mit deren Heimatstaat nicht gegenseitig für deutsche Staatsangehörige eine gleiche Entschädigung für den Fall schuldlos verbüßter Untersuchungshaft vereinbart ist. Grund für den Ausschluß jener Ausländer war somit das Merkmal der fehlenden Gegenseitigkeitsverbürgung ⁵⁾. Ein Gleichheitsverstoß hätte nur vorgelegen, wenn das Unterscheidungskriterium aus einer nicht sachgerechten Erwägung heraus verwendet worden wäre, ohne sich aus der Natur der Sache zu ergeben ⁶⁾. Doch welcher Sache? Wie kann sie ausgemacht werden, in welchem Zusammenhang steht sie zur tatbestandlichen Normierung?

1) BVerfGE 4, 219 (243); 6, 84 (91); 21, 6 (11 f); 24, 220 (228); 25, 269 (292); 29, 402 (411); 32, 157 (167).

2) BVerfGE 21, 12 (26); 26, 1 (8).

3) BVerfGE 30, 409 (412 ff).

4) Gesetz betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v.14.7.1904 (RGBl. S. 321).

5) BVerfGE a.a.O., S. 414.

6) BVerfGE a.a.O., S. 413.

Allein die Natur der Sache ¹⁾ kann den Sachbereich nicht bestimmen helfen, sie setzt ihn vielmehr voraus. Aus diesem Grunde kann Rink ²⁾ auch nicht überzeugend nachweisen, die Natur der Sache scheide die Fülle der ontischen Daten in wesentliche und unwesentliche. Auch Rink benötigt zusätzliche Wertgesichtspunkte und gibt zu ³⁾, daß der Natur der Sache ein bestimmter Wertmaßstab nicht entnommen werden kann, er vielmehr als gegeben und verbindlich vorausgesetzt wird. Zudem steht nicht in Frage, daß die Natur der Sache kein rechtliches Institut verlässlich anwendbarer objektiver Kriterien bedeutet. Für die weiteren Erörterungen wird auf diese Umschreibung verzichtet, da sie zu einer Lösung oder auch nur Vertiefung des Problems der Gleichheit und eines eventuellen Ermessens nicht beizutragen vermag.

In seiner Begründung geht das Bundesverfassungsgericht vom Grundgedanken des völkerrechtlichen Gegenseitigkeitsprinzips aus, wonach anderen Staatsangehörigen im Inland keine Rechte eingeräumt werden sollen, welche ein Deutscher in deren Heimatland nicht genießt. Dadurch soll anderen Nationen die Gleichstellung ihrer Staatsangehörigen angeboten werden können, um den jeweiligen Ausländern inländergleiche Recht zu verschaffen ⁴⁾. Diese Erwägung entspreche dem legitimen Interesse eines Staates, sie sei - deshalb? ⁵⁾

1) Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 86 ff weist darauf hin, daß das BVerfG diesen Terminus gleichbedeutend mit dem des "Sachlichen" oder ähnlichen Begriffen verwendet, ohne daß dabei ein konkreter Gehalt erlangt wird.

2) Rink, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 63, 521 (522 f).

3) a.a.O., S. 524.

4) BVerfGE a.a.O., S. 413 f.

5) Einfügung des Verfassers.

sachgerecht. Gerecht, d.h. gemäß, im Hinblick auf die Sache des Völkerrechts freilich; dieses hat aber mit der Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft nichts zu tun ¹⁾. Die Sache aus der sich ergibt, ob das gewählte Unterscheidungsmerkmal richtig, (sach-)gerecht, (sach-)gemäß ist, liegt evident außerhalb der faktischen Lebensverhältnisse unschuldig erlittener Untersuchungshaft. Es ist dasjenige, was das tatsächlich Betehende in einer bestimmten Weise ordnen, formen, reformieren soll.

Der Sachbereich erweist sich als die Gesamtheit des Gesetzgebungskomplexes. Das Essentielle ist jedoch nicht das rein Tatsächliche als eine Art statisch fixierende Faktizität, sondern die darüber stehende finale Dynamik, welche Ursprung und materialen Gehalt einer jeden Regelung bestimmt. Durch das Erfordernis einer Normierung wird der Norm zugleich die Aufgabe zuteil, jenem Erfordernis zu entsprechen und der zum Anlaß gewordenen Notwendigkeit zu genügen. Die Voraussetzung muß derart gestaltet werden, daß der Eintritt der gewollten Rechtsfolge möglich ist. Der Inhalt des Sachbereichs ist dessen Sachlichkeit als abstrakt-generelle Umschreibung des materialen Zweckgehaltes. Indem das Vergleichsmerkmal für Gleichheit oder Ungleichheit ein für die Regelung als wesentlich erkanntes Kriterium ist, muß es dem Inhalt der gewollten Ordnung entsprechen und folgerichtig aus dem Zweckgehalt der Norm hergeleitet sein.

Damit wird verständlich, daß es einen Sachbereich wie auch eine daraus resultierende Sachgerechtigkeit materialen Gehalts gar nicht geben kann. Der Zweck jeder Norm ist verschieden und bildet damit jeweils einen andern materiellen Ausgangspunkt für Gleichheit und Ungleichheit. Die Bedeutung des Sachlichen bleibt deshalb auf das Formelle im Sinne einer Zweckbezogenheit beschränkt ²⁾.

1) Das Gericht untersucht überhaupt nicht, ob sich das angeführte und als rechtfertigend "erkannte" Völkerrechtskriterium mit der Haftentschädigung vereinbaren läßt.

2) Vgl. BVerfGE 26, 72 (76): die sachliche Vertretbarkeit muß sich "aus der Eigenart des zu regelnden Sachverhältnisses heraus entwickeln lassen; der Grund muß in diesem Sinne "sachbezogen sein und unter diesem Gesichtspunkt vertretbar erscheinen." Ist also das Sachverhältnis die Gesamtheit des Gesetzgebungskomplexes, dann ist auch nach dieser Formulierung des BVerfG das Sachliche zweckbezogen in dem hier dargestellten Sinne.

c) Sachlicher Grund und Vergleichskriterium

In welchem Zusammenhang stehen nun das für jeden Vergleich notwendige *tertium comparationis* und jener sachliche Grund, nach welchem in der Rechtsprechung Verletzung oder Beachtung des Gleichheitssatzes überprüft werden? Es wird entscheidend darauf ankommen, ob dieser sachliche Grund einen für die Gleichheitsbeziehung relevanten Gesichtspunkt darstellt.

Ausgehend vom logischen Gleichheitsbegriff enthält der allgemeine Gleichheitssatz "ein Schema möglicher Ordnung, das durch Relevanzgesichtspunkte für die Auswahl des Gleichen konkretisiert werden muß" ¹⁾. Die formale Betrachtung zum allgemeinen Gleichheitssatz hat gezeigt, daß im Rechtssatz das *tertium comparationis* die Stellung und Bedeutung eines Rechtsbegriffes einnimmt, anhand dessen über gleich oder ungleich entschieden wird. Dagegen kennt die Willkürlehre kein Institut eines fixierbaren positiv-sachlichen Grundes, welcher die Funktion eines *tertium comparationis* übernehmen könnte. Mit der ausschließlich negativen Abgrenzung zur Unsachlichkeit hin hat der sachliche Grund lediglich eine Pufferfunktion am diffusen Randbereich einer primär unterstellten Ermessensfreiheit. Er stellt als solcher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine objektive Größe mit positiv materiellem Inhalt dar; die mögliche Existenz anderer gleichermaßen sachlicher Gründe wird ausdrücklich bejaht ²⁾. Ein kongruenter Zusammenhang zwischen Vergleichskriterium und sachlichem Grund besteht deshalb nicht, sondern ein konsequenter zwischen Vergleichskriterium und Gesetzeszweck, in dem Sinne, daß beide denselben sachlichen Gehalt haben. Das aber besagt nicht mehr, als eine notwendige Folgerichtigkeit.

Ein Beispiel aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts läßt den direkten Einfluß des

1) Luhmann, Zweck- und Systemrationalität, S.133 Fn. 43.

2) Vgl. BVerfGE 3, 162 (182); 4, 144 (155); 11, 105 (115), 245 (253)!

Gesetzeszweckes auf das Vergleichsmerkmal durch seinen in dieser Entscheidung räumlichen Bezug augenfällig erkennen: Der Gesetzeszweck war nur im Hinblick auf ein bestimmtes geographisches (nationales) Gebiet bezogen sinnvoll und damit bereits die Unterscheidung zu anderen Personen außerhalb dieses Bereichs festgelegt. Das KonjZG¹⁾ hatte eine sofortige Kaufkraftabschöpfung zum Zweck. Durch einen Zuschlag zu bestimmten Steuerarten sollten diejenigen Geldbeträge zeitweise aus dem Verkehr gezogen werden, die schätzungsweise über den Verbrauch die im Umlauf befindliche Geldmenge erhöht hätten. Der Zweck beschränkte sich damit auf die kaufkraftschöpfenden Einkünfte, die geeignet waren, die binnenländische Nachfrage zu verstärken.

Alle anderen Einkünfte, die entweder eine solche Wirkung nicht hervorrufen konnten, oder von denen abzu-
sehen war, daß sie nicht den zu vermeidenden Effekt einer Nachfrageerhöhung bewirkten, waren nicht Gegenstand der Regelung. Bezogen auf den Gesetzeszweck waren diese nachfrageneutralen Einkünfte ungleich gegenüber den als Kaufkraft wirksamen.

Es soll hier unterstellt werden, daß die Annahme richtig ist, sogenannte Steuerausländer²⁾ hätten mit ihren inländischen Einkünften keinen Einfluß auf die binnenländische Nachfrage. Ihre Einkünfte bilden dann keinen kaufkraftschöpfenden Faktor, den es einzuschränken gilt. Ausgehend vom Zweck der Regelung waren im Tatbestand als Voraussetzung der Erhebung des Konjunkturzuschlages aber nur kaufkrafterhöhende Einkünfte zu normieren, so daß aufgrund dieses Vergleichskriteriums eine Ungleichheit

1) Gesetz über die Erhebung eines rückzahlbaren Konjunkturzuschlages zur Einkommensteuer und Körperschaftssteuer v.23.7.1970 (BGBl. I S. 1125).

2) Darunter werden beschränkt Steuerverpflichtige verstanden; das sind a) natürliche Personen, die im Inland weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 1 Abs.2 EStG) oder b) juristische Personen, welche weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben (§ 2 Abs.1 KStG), jeweils mit ihren inländischen Einkünften; vgl. auch BVerfGE 29, 402 (413)!

der sogenannten Steuerausländer durch den Zweck intendiert wurde. Das Gericht hat das allerdings in seiner Begründung nicht zum Ausdruck gebracht, sondern lediglich darauf verwiesen, daß jene nicht die gleiche Rolle am deutschen Markt spielten.

Nach der Erhöhung der Fernsprechgebühren durch die Gebührenverordnung 1964 war gerügt worden, die nunmehr festgesetzten Tarife verstießen gegen den Gleichheitssatz, da sie nicht die soziale Stellung der Betroffenen berücksichtigen¹⁾. Nach dem Ergebnis der bisherigen Erörterungen müßte also im Zweck der Regelung ein sozialer Aspekt zum Ausdruck kommen, dem eine Unterscheidung des Kreises der Gebührenpflichtigen nach ihrer verschiedenen sozialen Stellung erforderlich machen würde. Zwar ist das Benützen von Telefoneinrichtungen in der heutigen technisierten Gesellschaft ein notwendiger Bestandteil des alltäglichen Bedürfnisses jedes einzelnen geworden, ohne Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht, doch wird das Entgelt für die Inanspruchnahme nach dem tatsächlichen Umfang der erbrachten Leistung bemessen. Indem die Zahlungsverpflichtung als eine Gebühr²⁾ festgesetzt wird, ist die Absicht kundgetan, für das Benützen der öffentlichen Fernsprecheinrichtungen ein solches Leistungsentgelt zu fordern. Es kann deshalb für den zu entrichtenden Betrag nur die Höhe der Leistung maßgebend und damit tatbestandliche Voraussetzung der Gebührenverordnung sein³⁾.

1) Vgl. BVerfGE 28, 66 (87)!

2) Zum Wesen der Gebühr vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 42 II 2 mit weiteren Hinweisen!

3) Im umgekehrten Fall müßten z.B. auch die Gebühren für andere Dienstleistungen der Post, -etwa Brief- und Paketbeförderung-, nach sozialen Kriterien gestaffelt werden. Führt man diesen Gedanken weiter bis zu den öffentlich rechtlich organisierten Verkehrseinrichtungen, ist die Grenze zum Absurden schon überschritten.

Die Begründung des Bundesverfassungsgerichtes stellt demgemäß darauf ab, daß es "bei Gebühren dieser Art sachgerecht" ist, nicht zu differenzieren. Auch bei dieser Entscheidung ist der sachgerechte Grund also im Wesen des (Gebühren-)Zwecks zu suchen.

Ein weiteres Problem ist im Ansatz erkennbar geworden: Wenn schon der Gesetzeszweck eine soziale oder sonstwie zulässige Differenzierung nicht ermöglicht, liegt dann ein Gleichheitsverstoß bereits im Bestimmen des Normzwecks? Das ist eine Frage der Zielwahl, und soll im einzelnen später behandelt werden.

Die Sachlichkeit ist also eine Frage der Folgerichtigkeit ¹⁾ des Gesetzeszweckes. Der sachliche, sachgerechte oder ähnliche Grund ist genau jenes Vergleichskriterium, welches dem materiellen Gehalt des Normzweckes entspricht. Im Hinblick auf den mit einer gesetzlichen Regelung verfolgten Zweck ist es erforderlich, ein solches Vergleichsmerkmal zu bestimmen, welches die hinter der Normierung stehende Absicht zu verwirklichen gewährleistet. Lerche ²⁾ hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Sachgemäßheit auf eine Verkettung hinweist, die den Erfolg mit den jeweiligen tatsächlichen Umständen und Gegebenheiten in Beziehung setzt, aus welcher heraus eine Maßnahme getroffen wird. Sollen z. B. mittels eines Gesetzes Betriebe subventioniert werden, welche Heimatvertriebene als Arbeitnehmer beschäftigen, und sollen andere Betriebe, die keine Heimatvertriebenen beschäftigen, nicht in die Subventionierung einbezogen werden, so läßt sich dies nur in der Weise durchführen, daß die Unterscheidung anhand des Kriteriums heimatvertriebene Arbeitnehmer getroffen wird. Es beruht die Entscheidung über gleich oder ungleich also allein auf einem bestimmten

1) BVerfGE 21, 160 (171 f).

2) Übermaß und Verfassungsrecht, S. 30.

Vergleichsmerkmal, welches aus der Intention der Regelung hervorgeht. Dieses wird für die Normierung als wesentlich und damit allein maßgeblich erkannt. Alle anderen Kriterien sind rechtlich nicht von Belang ¹⁾.

Doch ist Anknüpfungspunkt der Folgerichtigkeit nicht die Wesentlichkeit des Vergleichsmerkmals. Diese ergibt sich vielmehr aus der Entscheidung für ein bestimmtes Charakteristikum als Vergleichskriterium, wobei die Relevanz zugleich aller übrigen Eigenschaften verneint wird. Damit ist das tertium comparationis stets ein wesentliches. Ein solch essentielles Kriterium braucht aber nicht sachlich zu sein. Auch aus dieser Sicht erweist sich die Gedankenführung als verfehlt, die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der verglichenen Objekten eigenen Merkmale würde das Gleichheitsurteil begründen ²⁾.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß es nur gleich oder ungleich, nicht noch wesentlich oder unwesentlich Gleiches oder Ungleiches gibt ³⁾. Dies würde ein quantitatives Mehr oder Weniger an Übereinstimmung bedeuten. Die Alternative lautet ausschließlich: gleich oder ungleich ⁴⁾. Das Moment des Wesentlichen ist nicht im Verhältnis des Verschieden zueinander zu finden, sondern allein im Setzen eines eigentümlichen Kriteriums als tertium comparationis. Jede für die Gleichheitsprüfung entscheidende Eigenschaft ist wegen ihrer

1) Vgl. oben S. 22 !

2) Vgl. Hesse, Der Gleichheitssatz im Staatsrecht, S. 147; Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S. 240!

3) Der Begriff des Wesentlichen wird häufig verwendet: BVerfGE 4, 31 (42); 20, 31 (33); 21, 227 (234), 391 (407); 23, 258 (263); Hesse, S. 174; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 244; Böckenförde, S. 68 u. 73; Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 175 f.; Ipsen, Gleichheit, S. 180.

4) Ebenso Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 31 f.

tatbestandlichen Maßgeblichkeit zwangsläufig eine wesentliche; denn als unwesentliche wäre sie nicht relevant. Nicht in der Gleichheit also, sondern allein im tertium comparationis hat die Wesentlichkeit ihren Platz ¹⁾. Das Gesagte läßt sich unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen: Dieses Grundrecht besagt, daß alle Menschen in ihrer Verschiedenheit gleich sind in ihrer in Art. 1 Abs. 1 GG als absolutes und wesentliches tertium comparationis konstituierten Würde.

Auch nach Ansicht des Verfassungsgerichts wird es als entscheidend angesehen, welche Aufgabe einem Gesetz gestellt ist und welcher Mittel es sich bei deren Lösung bedient ²⁾. Nur so lasse sich beurteilen, "ob die Merkmale erkannt und richtig, d.h. unter Beachtung der Forderung der Gerechtigkeit, bewertet sind, die bestimmte Sachverhalte als gleich oder ungleich im Sinne dieser konkreten rechtlichen Regelung erscheinen lassen, und ob danach diese Sachverhalte zu recht oder zu unrecht in die gesetzlichen Tatbestände einbezogen oder aus ihnen ausgeschieden sind" ³⁾. Läßt man vorerst das Eventualpostulat der Gerechtigkeit außer acht, dann ist es das objektiv erschließbare Motiv ⁴⁾ und somit der Zweck einer gesetzlichen Regelung, vielfach als Sachbereich umschrieben, welcher eine Kongruenz sachlichen Inhalts mit dem Vergleichskriterium fordert. Die Existenz einer Gestaltungsfreiheit aber scheint danach sehr zweifelhaft.

-
- 1) Es führt auch zu keinem Ergebnis, den Begriff der Ähnlichkeit in die rechtliche Problematik einzuführen. Ähnlichkeit als Aussage über das Maß der Ungleichheit kann als deren Unterfall keinen Anhaltspunkt geben, wie das Maß des Unterschiedes zu bewerten ist.
 - 2) BVerfGE 9,291 (294); vgl. auch BVerfGE 25,198 (206)!
 - 3) Rink, JZ 63,521(522); in entsprechender Weise soll nach der Rechtsprechung nur objektive Willkür für eine Verletzung des Gleichheitssatzes ausreichen: BVerfGE 2, 266 (281); 4, 144 (155).
 - 4) Vgl. auch BVerfGE 19,101(116); 21,160(171 f), 292 (298); 27,220 (227)!

Im einzelnen wird die Frage später erörtert werden ¹⁾, ob bei übereinstimmendem sachlichen Inhalt von Gesetzeszweck und Vergleichskriterium noch ein Bereich freien Entscheidens möglich ist. Es soll zunächst die dem dargestellten Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts ähnliche Wendung von der einer Gesetzessystematik innewohnenden Sachgesetzlichkeit untersucht werden.

1) S.hierzu S. 65 ff.

4. Sachgesetzlichkeit und Gesetzssystematik

Eine Formulierung, welche derjenigen vom sachgerechten Grund zumindest sprachlich sehr nahe kommt, ist die von der "einer Gesetzssystematik innewohnenden Sachgesetzlichkeit" ¹⁾²⁾. Die Systematik eines Gesetzes soll Anhaltspunkt dafür sein, welche Sachverhalte gleich und welche ungleich sind.

In zwei Entscheidungen zum AVAVG ³⁾ hat das Bundesverfassungsgericht jeweils Bestimmungen dieses Gesetzes wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für verfassungswidrig erklärt, weil die Regelungen von der vom Gesetz selbst gewählten Sachgesetzlichkeit abweichten ⁴⁾. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts besteht diese Sachgesetzlichkeit in dem Grundsatz, daß "die Teilnahme an der Arbeitslosenversicherung an die Krankenversicherungspflicht geknüpft ist" ⁵⁾. Danach wäre Kriterium für die Gleichheit der jeweils betroffenen Teilgruppen ⁶⁾ ihre Krankenversicherungspflicht; durch die daran anknüpfende Rechtsfolge wird die Arbeitslosenversicherungspflicht bestimmt. Das Anknüpfen des Gesetzes an die Krankenversicherung stellt lediglich eine Umschreibung des Kreises der nicht selbständig Tätigen dar.

1) BVerfGE 12, 341 (349); 13, 31 (38), 331 (340); 15, 313 (318); 17, 232 (249 f); 18, 315 (333 f); 24, 174 (181); 25, 371 (401 f); 27, 58 (65).

2) Beispiele aus der Rspr. bei denen eine Einzelnorm auf ihre Systemgerechtigkeit überprüft wurde: BVerfGE 6, 55 (77); 9, 20 (28); 11, 283 (292 f); 310 (324 f); 13, 31 (38), 331 (340 ff).

3) Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 16.7.1927 (RGBl. I S. 187) i. d. F. v. 3.4.1957 (BGBl. I S. 321).

4) BVerfGE 18, 366 (372 f); 20, 374 (377).

5) BVerfGE 20, 374 (377); entsprechend BVerfGE 18, a. a. O.

6) In dem von BVerfGE 18, 366 (372 f) entschiedenen Fall waren das gem. § 65 Abs. 2 AVAVG Personen, welche bei Eltern, Voreltern, Schwieger-, Stief- und Pflegeeltern beschäftigt waren; in BVerfGE 20, 374 (377) waren gem. § 59 Abs. 1 Nr. 2 AVAVG Abkömmlinge von Land- und Forstwirten betroffen.

Weitere Voraussetzung für die Unterstützung ist dann der Eintritt der Arbeitslosigkeit.

Die Bestimmungen des AVAVG unterschieden jedoch innerhalb der Klasse der Krankenversicherungspflichtigen durch Einführen zusätzlicher Kriterien: der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen ¹⁾ und des ernst gemeinten Arbeitsvertrages ²⁾. Das Ausklammern bestimmter Personengruppen durch weitere Voraussetzungen widersprach jedoch dem Sinn der Gesamtkonzeption, wonach weder die Schutzbedürftigkeit noch die Möglichkeit undurchsichtiger Vertragsgestaltung eine Rolle spielen sollten ³⁾. Denn mit Hilfe des Arbeitslosengeldes soll ausschließlich und ohne Beschränkung Arbeitnehmern für den Fall ihrer zeitweiligen Erwerbslosigkeit, um deren finanzielle Einbuße zu mindern, ein Teil des ausgefallenen Lohnes ersetzt werden ⁴⁾. Indem das Bundesverfassungsgericht von dem selbst aufgestellten Grundsatz ⁵⁾ des Gesetzes ausgeht, ermittelt es Sinn und Zweck der Gesamtregelung, um daraus den Maßstab des Sachgerechten zu entnehmen.

Die genannte Entscheidung gibt allerdings keine Begründung, weshalb nicht der generelle Zweck der Unterstützung auf die Fälle eingeschränkt werden kann, in denen vermutlich faktisch ein finanzieller Schaden nicht entsteht, den es zu mindern gilt. Das Gericht begnügt sich mit dem Hinweis ⁶⁾, es habe "das Gewicht der für die Anweisung entsprechenden Gründe der Intensität der getroffenen Ausnahmeregelung" zu entsprechen; diese

1) BVerfGE 20, 374 (378).

2) BVerfGE 18, 366 (375).

3) BVerfGE 20, 374 (378) und 18, 366 (367, 375).

4) BVerfGE 18, 366 (367).

5) BVerfGE 18, 366 (372); 20, 374 (377).

6) BVerfGE 18, 366 (377); entspr. BVerfGE 20, 366 (372 f.).

Gründe seien aber nicht bedeutsam genug. Wird mit dieser Formulierung bereits in Frage gestellt, ob der Gesamtzweck einen bestimmten Einfluß auf die tatbestandlichen Voraussetzungen hat, so wird dieser Gedanke völlig relativiert mit einer Begründung, welche in anderen Fällen einen dem Gesetzeszweck zuwider laufenden Gleichheitsverstoß verneint: Es stehe dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, aufgrund zureichend sachlicher Gründe "von den einem Rechtskreis bestimmenden Grundregeln" abzuweichen ¹⁾. Nur die Verletzung der Verfassung oder verfassungsrechtlich mißbilligte Differenzierungen dürften nicht erfolgen ²⁾.

In der Entscheidung ³⁾ zum MFG ⁴⁾ stand zur Diskussion, ob die Unterscheidung von Trinkmilch und Sterilmilch durch solche außerhalb des Gesamtzwecks liegende sachliche Gründe ⁵⁾ gerechtfertigt sei. Doch auch diese Ungleichheit, beruhend auf der längeren Haltbarkeit der Sterilmilch, ist folgerichtig zweckgebunden. Es sollte nämlich mit Hilfe der in Frage stehenden Regelung die aus der schnelleren Verderblichkeit der Trinkmilch resultierende Wettbewerbssituation ⁶⁾ verbessert werden ⁷⁾. Alleiniges Vergleichsmerkmal konnte im Hinblick auf die beabsichtigte Beeinflussung der Wettbewerbssituation daher nur die Eigenschaft der

-
- 1) BVerfGE 12, 151 (164); 13, 31 (38), 331 (340); 15, 313 (318); 18, 315 (334); 30, 250 (270 f).
 - 2) BVerfGE 6, 55 (70, 77); 9, 20 (28), 201 (207); 12, 151 (164).
 - 3) BVerfGE 18, 315 (334 ff).
 - 4) Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten v. 28.2.1951 i. d. F. v. 10.12.1952 (BGBl. I S. 807, 811).
 - 5) BVerfGE 18, 315 (335).
 - 6) BVerfGE a. a. O., S. 337 zur Frage der Fehlprognose: Es "kann die Gültigkeit einer sachlich motivierten Einzelregelung ... nicht dadurch berührt werden, daß die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte wirtschaftliche Prognose sich als falsch erweist und sich dadurch Unausgewogenheiten ergeben." Entsprechend auf S. 332; ebenso BVerfGE 30, 250 (263).
 - 7) BVerfGE a. a. O., S. 335, 338.

kürzeren oder längeren Haltbarkeit sein ¹⁾.

Das Problem dieses Falles liegt nicht in der Auswahl des "sachgerechten" tertium comparationis, sondern in der Zweck- Wahl: Darf der Gesetzgeber ein Ziel verfolgen, das mit der Gesamtkonzeption, der sicheren Versorgung der Bevölkerung mit dem Grundnahrungsmittel Milch ²⁾, möglicherweise nicht in inhaltlichem Zusammenhang steht, wobei dieses zusätzliche Ziel notwendig eine Ungleichheit bedingt. Wie erst ist zu entscheiden, wenn der Einzelzweck dem Gesamtzweck diametral entgegen läuft? Es ist fraglich, ob diese Problematik noch vom Gleichheitssatz erfaßt wird.

Besonders im Steuerrecht wird vielfach auf die durch das "Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit" ³⁾ hingewiesen. Klein ⁴⁾ hat dargetan, daß diese Rechtsprechung keineswegs einheitlich ist. Im Grunde besteht auch im Steuerrecht kein dominierendes System, an dem sich die Frage der Gleichheit auszurichten hätte, vielmehr ist jede Abweichung sachlich gerechtfertigt, "wenn sie von überzeugenden Gründen getragen ist" ⁵⁾. Dies beweist die Judikatur zur Zulässigkeit nichtfiskalischer Nebenzwecke von Steuergesetzen ⁶⁾. Der eigentliche Steuerzweck der Einnahmenerzielung kann nach dieser Rechtsprechung hinter die Lenkungstendenz anderer politischer Ziele zurücktreten ⁷⁾.

1) Von welchem der Vergleichsobjekte ausgegangen wird, ist gleichgültig; s.o.S. 19!

2) BVerfGE a.a.O., S.327: "...die Versorgung der Bevölkerung mit einwandfreier Milch als einem unentbehrlichen Volksnahrungsmittel in stets ausreichender Menge zu angemessenem Preis und die Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft".

3) BVerfGE 13, 331 (340).

4) Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, S.141 f.

5) BVerfGE 13, a.a.O.

6) S.u.a. BVerfGE 6, 55 (81); 13, 331 (345 f.); 16, 147 (161 f.); 19, 119 (125); 21, 45 (63); v. Fr. auf BB 1971, 1345 (1345)!

7) BVerfGE 16, 147 (161); 30, 250 (264).

Die Gesamtkonzeption erweist sich keineswegs als ein in sich geschlossenes Ganzes, welches als dominierendes Kriterium für die Beurteilung des Gleichen und Ungleichen ausschlaggebend ist. Sie muß vielmehr gesehen werden als ein Gefüge von Teilaspekten mit offenen Randbereichen, durch welche neben vielen anderen insbesondere wirtschaftliche und soziale Tendenzen Einfluß gewinnen können. Immerhin ist zum Ausdruck gekommen, daß auch das Verfassungsgericht erkannt hat, - selbst wenn es diese Erkenntnis nicht realisiert -, daß die Finalität eines Gesetzes, der mit der Regelung verfolgte Zweck ¹⁾, Einfluß auf das Vergleichskriterium hat. Eine Systemwidrigkeit als besonders gearterter Verstoß gegen den Gleichheitssatz neben anderen Modalitäten der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG gibt es jedoch nicht. Denn worauf wäre diese Systemgerechtigkeit zu beziehen? Wie dargelegt, sind die in Frage stehenden Sachverhalte wertneutral, also gerade nicht auf ein bestimmtes System fixiert. Die Systemgerechtigkeit kann deshalb wiederum nur im Sinne einer Folgerichtigkeit im Hinblick auf den Normzweck verstanden werden. Nur kommt in diesen Fällen der Zweck einer Norm besonders augenfällig zum Ausdruck dadurch, daß die Gesamtkonzeption des Gesetzes auf dieses Ziel ausgerichtet ist. Wenn dennoch in den Entscheidungsbegründungen des Verfassungsgerichts betont wird, die Legislative habe ein Ermessen, die von ihr "selbst gewählte Sachgesetzlichkeit" ²⁾ innerhalb der Grenzen des Willkürverbotes ³⁾ bei sachlich hinreichender

1) In BVerfGE 18, 315 (340) wird darauf hingewiesen, daß sich das Ermessen des Gesetzgebers am Zweck des Gesetzes zu orientieren habe. Im Widerspruch dazu steht die Begründung auf S. 344, der Gesetzgeber sei grundsätzlich frei, welche Ähnlichkeiten (!) er richtunggebend sein lassen will.

2) BVerfGE 18, 366 (372).

3) BVerfGE 18, 315 (334); 30, 250 (271).

Rechtfertigung ¹⁾ zu durchbrechen, so zeigt dies, daß der Wert dieses Ergebnisses verkannt wird. Wie anders wäre es möglich, ihn soweit zu relativieren, daß er seiner praktischen Anwendungsmöglichkeit wieder beraubt ist ?

Die tatsächliche Problematik muß lauten: In welchen Fällen enthält der Gesetzeszweck ein Kriterium dafür, Teilbereiche von einer Normierung auszuschließen, indem die Voraussetzungen auf den Festbereich beschränkt werden ²⁾. Welcher Zweck ist maßgebend, derjenige der Gesamtregelung oder der Zweck der Einzelnorm?

Das Verhältnis von Teilbereich und Sonderregelung wird jedoch erst später behandelt. Zuvor gilt es zu klären, in welchem konsequenten Zusammenhang Gesetzeszweck und Vergleichskriterium stehen. Die Frage nach der gleichheitskonformen Sonderregelung für Teilbereiche wird sich dann aus dem Gesamtzusammenhang heraus beantworten lassen ³⁾.

1) BVerfGE 18, 315 (334); 25, 372 (402 f.).

2) Dazu s. unten S. 94 ff.

3) S. unten S. 94 ff.

5. Zusammenfassung, Zwischenergebnis

Zusammenfassend läßt sich zu den Überlegungen dieses II. Abschnittes festhalten:

- (1) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ermessen des Gesetzgebers, die Merkmale der Vergleichsorgane frei bestimmen zu können, ist wenig deutlich und nicht frei von Widersprüchen. Insbesondere ist die Auffassung unrichtig, die Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse als vorgegebene tatsächliche Umstände seien für die Beurteilung von Gleichheit oder Ungleichheit bestimmend.
- (2) Gleichheit und Ungleichheit sind zu trennen von der rechtsfolgemäßigen Behandlung. Die gleiche oder ungleiche Rechtsfolge gebietet der allgemeine Gleichheitssatz, welcher nur Handlungsmodalitäten je nach Voraussetzung der rechtlichen Gleichheit oder Ungleichheit festlegt.
- (3) Der allgemeine Gleichheitssatz läßt keinen Schluß auf eine bestimmte Gleich- oder Ungleichheit zu.
- (4) Die Rechtsgleichheit beruht auf einem Vergleichskriterium, welches als tatbestandliches Merkmal einer Rechtsnorm für die Verwirklichung des Normzwecks als wesentlich erkannt worden ist. Das Bestimmen des Vergleichsmerkmals hat folgerichtig im Hinblick auf die gesetzliche

Finalität zu erfolgen, eine darauf bezogene Ermessensfreiheit erscheint fraglich.

- (5) Als Entscheidungsphasen sind zu trennen:
- (a) die Wahl des mit der gesetzlichen
Regelung verfolgen Ziels,
 - (b) das Bestimmen der dazu erforderlichen
tatbestandlichen Voraussetzungen,
 - (c) das Anordnen der Rechtsfolge.

III. Abschnitt :

Eressen und Handlungsfreiheit

Der vorige Abschnitt hat ergeben, daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in sich vielfach widersprüchlich ist. Der aufgezeigte Zusammenhang zwischen dem jeweils verfolgten gesetzlichen Zweck und der für jede Gleichheitsbeziehung maßgebenden Vergleichskriterium hat die Existenz legislatorischer Ermessensfreiheit als zweifelhaft erscheinen lassen.

Bevor im nächsten Abschnitt zu den bisher aufgeworfenen Fragen Stellung genommen wird, sollen in einer kurzen Darstellung Inhalt und Umfang einer möglichen gesetzgeberischen Ermessenstätigkeit dargestellt werden. Auf der Grundlage dieses Überblickes wird zu beurteilen sein, ob die Entscheidung des Gesetzgebers für ein bestimmtes Vergleichskriterium innerhalb eines Ermessensspielraumes erfolgt, oder ob diese Entscheidung ihrem Wesen nach schlechterdings keine Ermessenstätigkeit sein kann.

Bei der Frage nach einem Ermessen des Gesetzgebers muß davon zunächst dessen genereller politischer Freiheitsbereich abgeschieden werden. Die Legislative ist grundsätzlich in ihrer Gestaltungsfreiheit souverän ¹⁾. Das ist notwendig, um die Ausgestaltung und das Durchformen des politischen Lebens wie jeglichen Lebensbereiches überhaupt durch gesetzliche Regelungen zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Freiheit, einen bestimmten Sachverhalt zu regeln oder von einer Normierung abzusehen, die Autonomie, eine Rechtsfolge anzuordnen, das gerade ist für die Legislative die normale Situation. Aufgrund der Gewaltenteilung ist ihr dieser Freiheitsbereich garantiert. Dieses Prinzip hat lediglich eine Kontrolle zum Inhalt, ohne daß dadurch der eigene Bereich der jeweiligen Gewalt eingeengt würde.

Grenzen der Handlungsfreiheit sind dem Gesetzgeber allerdings einmal durch die "elementaren Verfassungsrichtpunkte, wie etwa der Staatsformbestimmung des sozialen Rechtsstaates" ²⁾ gesetzt. Hinzu kommen

1) Die früher vom RG vertretene Ansicht von der "Selbsterherrlichkeit der Gesetzgebung" (RGZ 118,325(327);139,177(189) findet allerdings im Grundgesetz keine Stütze mehr Art.1 Abs.3 u.Art.20 Abs.3 GG haben die Bindung der Legislative an die Grundrechte und die verfassungsmäßige Ordnung ausdrücklich statuiert. Sie sind als Grundsätze i.S.d. Art.79, Abs. 3 GG "jeder Änderung entzogen" (Hamann NJW 55,969(970 Fn.10) und stellen damit "Fundamentalsätze unserer Rechts- und Verfassungsordnung überhaupt" (Hamann a.a.O.) dar. Auf einen weiteren Gesichtspunkt hat Hamann (a.a.O.) unter dem Hinweis auf die Möglichkeit gesetzlichen Unrechts aufmerksam gemacht: Wenn "die Geltung des Gesetzes auf dem ihm innewohnenden Rechtswert beruht, dann ist die Unabhängigkeit des Gesetzgebers vom Rechtswert ein Unding".

Zur geschichtlichen Entwicklung legislatorischen Ermessens vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Anm. 103 f!

die in der Verfassung enthaltenen Grundrechte, Garantien und Institute der Zuständigkeitsordnungen¹⁾. Eine unbegrenzte Freiheit der Legislative kann es nicht geben, wie sich jede schrankenlose Freiheit schlechterdings negiert.

Grundlage und zugleich Grenze eines jeden legislatorischen Tätigwerdens bildet somit das Grundgesetz. Es wäre nicht zutreffend nur im Hinblick auf den Gleichheitssatz von einer Freiheit des Gesetzgebers zu sprechen. Andererseits erweist es sich als unrichtig, diese generelle Handlungsfreiheit als Ermessen zu bezeichnen²⁾, soweit die Verfassung lediglich Ausgrenzung gegenüber der hoheitlichen Gewalt darstellt³⁾. Nicht jede Bindung an bestimmte Handlungsschranken zwingt zur Annahme eines Ermessensspielraums innerhalb dieser Grenzen⁴⁾. Ermessen bedeutet ein Mehr an Gebundenheit und zwar im Sinne einer zu beachtenden Direktive. Dahingehend sind im institutionellen Teil des Grundgesetzes keine Anhaltspunkte gegeben. Dieser Verfassungsbezirk enthält nur Endpunkte⁵⁾, nicht auch zugleich

Fußnote zu S. 48:

2) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 61.

Fußnoten zu S. 49:

1) Lerche, a.a.O., der diese beiden Verfassungsbezirke als "institutionelle Verfassungsgeschichte" zusammenfaßt.

2) So Maunz-Nirig-Herzog, Art. 20, Anm. 117 u. Art. 1 Abs. 3, Anm. 105; ähnl. Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 174.

3) Vgl. Lerche, S. 66!

4) Lerche, S. 88, weist darauf hin, daß der Begriff des gesetzgeberischen Ermessens ohne Begrenzung auf bestimmte Verfassungsräume "zur allzu abgegriffenen Münze wird, deren Wert - noch ehe er recht gesehen - wieder zu entschwinden droht".

5) Vgl. Forsthoff, Festschrift für Carl Schmidt, S. 40 ff., der die Bedeutung der Gesetzgebung auf ein "institutionelles Gefüge" beschränkt. Ähnl. Scheuven, Festschrift für Smend, S. 282: "partielle Eingrenzungen" (gegen Forsthoff wenden sich Maunz-Nirig-Herzog, Art. 20, Anm. 73. Wipke, Gesetzgeberisches Ermessen und richterliches Prüfungsrecht, S. 16, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß Forsthoff Schwierigkeiten hat, das Sozialstaatsprinzip in sein rechtsgemäßes Schema einzuordnen. Im Erheblichste hier Lerche, S. 66.

Grundlage und Ermächtigung zu gestaltender Tätigkeit.

Ohne auf die verwaltungsrechtliche Ermessenslehre ¹⁾²⁾ einzugehen, wird davon ausgegangen, daß Ermessen ganz allgemein ein Spielraum des Handelns und Entschlusses bedeutet, die Freiheit, zwischen mehreren, in gleicher Weise rechtlich "möglichen Arten des sich Verhaltens"³⁾ wählen zu können. Es beruht auf der rechtlichen Ermächtigung, nach eigenem Abwägen zwischen mehreren Verhaltensweisen entscheiden zu dürfen ⁴⁾. Innerhalb des Ermessensspielraums besteht mehr als eine Handlungsmodalität und die Ermächtigung gibt die aktive Freiheit des Entschlusses, zwischen den bestehenden Möglichkeiten abzuwägen und zu wählen. Das Abwägen hat eine gesetzlich gewollte Mehrdeutigkeit als Grundlage ⁵⁾. Aufgrund der garantierten Freiheit setzt eine innerhalb des Spielraums getroffene Entscheidung nie Unrecht, ist also rechtlich dort nicht mehr prüfbar ⁶⁾. Begrifflich kann deshalb dort nicht mehr

1) Vgl. u.a.: Ossenbühl, DÖV 68, 618 ff und 70, 84 ff; Bachoff, JZ 55, 97 ff; Ule, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309 ff; Reuß, DVBl 53, 585 ff und 56, 649 ff; Klein AöR 82, 75 ff; Jesch AöR 82, 163 ff; Rupp, Grundfragen des Verwaltungsrechts, S. 177 ff und NJW 69, 1273 ff; Müller DÖV 69, 119 ff; Kellner, DÖV 69, 309 ff!

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Anm. 122 weisen auf die quantitativen Unterschiede hinsichtlich der Gestaltungsfreiheit hin, die vom gesetzgeberischen Ermessen einerseits und vom Verwaltungsermessen andererseits gedeckt wird. Der Grund dafür liege in der "Kompetenz - Kompetenz" des staatlichen Gesetzgebers, zu entscheiden, was und wie er dem gemeinen Wohl Rechnung tragen wolle, ebenso Schubach, S. 71.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 80.

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Anm. 120; Lerche, Ermessen, in: Staatslexikon Bd. 3 Sp. 12.

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Anm. 120.

6) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Anm. 123: "Der Hoheitsakt ist in diesem Sinne gerichtsfrei". Ähnl. Hamann, NJW 57, 2 (4).

von Ermessen die Rede sein, wo die "Nichtverletzung einer Norm in Frage steht. Es gibt rechtlich keine Freiheit, richtig oder falsch zu entscheiden.

Im Unterschied zur allgemeinen Handlungsfreiheit, deren Schranken zugleich Grenze gegenüber anderen Freiheitsbereichen sind ¹⁾, liegt das Wesen der Ermessensbindung darin, daß die Ermächtigung zugleich das Inhaltliche der Ermessenstätigkeit generell festlegt ²⁾. Die stetige Bindung bedeutet nicht lediglich Grenzsetzung im Hinblick auf einen Endpunkt oder - so bei der globalen Ermächtigung - auf einen Ausgangspunkt hin ³⁾. Sie ist vielmehr im Sinne einer Direktion zu verstehen, die es zu vollziehen gilt ⁴⁾.

-
- 1) Im institutionellen Verfassungsbereich ist das die Freiheit des einzelnen gegenüber hoheitlichen Eingriffen.
 - 2) Dieses entscheidende Kriterium wird vor allem von Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 80 hervorgehoben. Es ist wesentliches Abgrenzungsmerkmal zur allgemeinen Handlungsfreiheit. Noch deutlicher Forsthoff, in: Festschrift für W. Jellinek, S. 234: "Von Ermessen kann nur dort die Rede sein, wo das Ziel des Handelns primär gegeben ist". In diesem Sinne auch Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 63, der von "sachlich gebundenen Verfassungsaufträgen" spricht, allerdings eine Eingrenzung des Spielraums auf Maßnahmegesetze zurückweist (S. 88 f), wie dies Forsthoff, a.a.O., S. 234 tut. Ähnlich stellt auch Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 158 auf das "sachdienlich erachtete Mittel" ab.
 - 3) Vgl. im einzelnen Lerche, S. 61 ff, insbesondere S. 64 f; es sind darunter jene sachlich gebundenen, sich stets neu aktualisierenden Verfassungsaufträge zu verstehen, die einen stetigen staatlichen Vollzug verlangen. Der dirigierende Teil der Verfassung gibt der Legislative auf, im Rahmen dieser Direktiven durch gesetzliche Ausgestaltung tätig zu werden.
 - 4) Lerche, S. 65 und 89. Auch Fuß, JZ 59, 329 (331) verbindet den Begriff des Ermessens mit dem Merkmal des Vollziehens.

Sollte also dem Gesetzgeber bei der Auswahl des Vergleichskriteriums ein Bereich mit der Möglichkeit verschiedener, gleichermaßen richtiger Entscheidungen zur Verfügung stehen, und sollte die Entscheidung in Vollziehung eine Direktive erfolgen, dann würde dies für das Vorliegen einer Ermessensfreiheit der Legislative sprechen.

IV. Abschnitt:

Gesetzeszweck und Vergleichskriterium

1. Die Zweckgebundenheit des Vergleichskriteriums

Die Auswahl des tertium comparationis, an dem sich die Rechtsfolge jeweils zu orientieren hat, kann als Teil eines Rechtssetzungsaktes nur verständlich werden, wenn man sich seine Funktion und sein Wesen vor Augen hält. Als kennzeichnend für den Rechtsbegriff der Gleichheit war festgestellt worden ¹⁾, daß im Bereich des Normativen nur solche Kriterien zum allein entscheidenden tertium comparationis gesetzt werden, welche die hinter der Normierung stehende Absicht zu verwirklichen gewährleisten und daher für die Intention der zweckgerichteten Regelung als maßgeblich erkannt werden. Welches tertium comparationis den Ausschlag geben soll, läßt sich also sagen, "im Blick auf die konkrete Ordnung die das Gesetz schaffen soll, in Rücksicht auf die Interessenslage, die im Spiele ist, unter Heranziehung des Zwecks, den der Gesetzgeber mit dem Gesetz verfolgt" ²⁾.

Der Zweck ist das als gewollt Gesetzte. Er ist formal die im Gesetz zum Ausdruck kommende Finalität, einen

1) Vgl. oben S. 22 und 25!

2) Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 176; ebenso Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S. 170: "Der gemeinsame (gleiche) Maßstab für die Gleichbehandlung des Gleichen und die Ungleichbehandlung des Ungleichen ist der zu erfüllende Zweck". Vgl. auch Lerche, S. 30!

der Zielvorstellung entsprechenden Zustand zu erreichen ¹⁾. Das dem Gesetzgeber vor Augen stehende Ziel bestimmt die Ausgestaltung der Norm, um dessen Verwirklichung mittels der angeordneten Rechtsfolge zu erreichen.

1) Auf die bei Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 110 vorgenommene Unterscheidung zwischen Ziel (= jeder beschriebene oder beschreibbare Zustand, der erstrebt wird) und Zweck (= jede Regel, aufgrund deren bestimmte Ziele anderen Zielen vorgezogen werden) kann hier verzichtet werden. In Frage steht nur das von der Willensentschließung umfaßte und durch Motivation umgesetzte Gewollte, welches sich damit als Zweck manifestiert. Weinberger, Rechtslogik, S. 296 unterteilt in Zwecke, welche die Mittel nicht aufgrund einer Kausalbeziehung bestimmen, und in kausaldeterminierte Zwecke = Ziele. Die Begriffe "Ziel" und "Zweck" werden im folgenden synonym verwendet.

a) Keine Mittel - Zweck - Beziehung

Im Zusammenhang mit der hier vorgenommenen Verknüpfung von Gesetzeszweck und Vergleichskriterium im Sinne einer Folgebeziehung stellt sich die Frage, ob das tertium comparationis Mittel zur Erreichung des Normzwecks ist¹⁾²⁾. Es würde sich dann die hier dargelegte Auffassung als fragwürdig erweisen, da sie zu dem nicht vertretbaren Ergebnis führte, daß der Zweck das Mittel heiligt.

Die Auffassung, das Vergleichskriterium sei Mittel zur Erreichung des Normzwecks, wird vor allem von Podlech³⁾ vertreten. Auch in der Rechtsprechung erfolgt die Behauptung des legislatorischen Ermessens vielfach unter dem Hinweis, der Gesetzgeber sei frei, welche Gestaltung er für vernünftig, zweckmäßig etc. halte⁴⁾. So gesehen läßt sich tatsächlich ein Ermessen vorstellen, da ein Zweck stets mit mehreren Mitteln erreichbar sein wird. Sollte also das Vergleichskriterium Mittel in einer Mittel - Zweck - Beziehung sein, dann könnte durchaus eine Wahlfreiheit bestehen.

Im Anschluß an Weinberger⁵⁾ soll die Mittel - Zweck - Beziehung als teleologische Beziehung gesehen werden, um die Struktur von Wahlerwägungen zu analysieren.

1) Dies soll im folgenden als formales teleologisches Problem nach der von Weinberger, a.a.O., S. 291 ff. entwickelten "Theorie der Gedankenstrukturen und -operationen" untersucht werden.

2) Nach Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 73 können nur diejenigen Kriterien als tertium comparationis brauchbar sein, welche für die Rechtsfolge wesentlich, innerlich adäquat sind.

3) a.a.O., S. 114 ff.

4) Ständige Rspr., wonach das BVerfG nicht überprüfen kann, ob der Gesetzgeber im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, oder ob die Regelung überhaupt notwendig und zweckmäßig ist: BVerfGE 3, 50 (375); 10, 108 (122); 4, 144 (155); 9, 201 (206); 10, 234 (246); 11, 245 (253 f); 14, 105 (118); 24, 221 (238); 34, 231 (240); 15, 167 (201); 17, 310 (330); 19, 350 (367 f); 23, 12 (25); 26, 302 (310); 27, 111 (127); 30, 395 (390); 28, 227 (242).

5) Rechtslehre, S. 291 ff.

Und zwar in einem formalen Verständnis, das vom subjektiven Willensakt der Zwecksetzung abstrahiert. Um die Zusammenhänge der Relation zwischen Mittel und Zweck zu erkennen, reicht es aus, diese als logisches Gedankenschema zu betrachten. In diesem System bildet das Gewollte das abstrakte Willensspezifikum, welches den Zweck bestimmt. Zugleich ist das Gewollte Ausgangspunkt für die Entscheidung, welches (von mehreren möglichen) Mittel(n) zur Verwirklichung des Zweckes eingesetzt werden soll. Die darauf gerichtete teleologische Überlegung muß sich damit auseinandersetzen, ob und in welcher Weise der Zweck erreicht werden kann. Das ist eine Frage der Realität, die mit Hilfe der Kausalbeziehung zu klären ist. Diese gilt objektiv und unabhängig vom Gewollten. Denn wird ein bestimmtes Ziel Z gewollt, und wird Z bewirkt mittels der Ursache U, dann ist U wegen seiner Folgewirkung geeignetes Mittel, um die bezweckte Folge Z zu erreichen. Diese teleologische Relation ist die Konsequenz des gesetzten Zweckes bei Kenntnis der vom Gewollten unabhängigen objektiven seinsmäßigen Kausalbeziehungen und lautet schematisch: ¹⁾

U	verursacht	Z
Z	ist Zweck	
U	ist Mittel zu	Z

Das Verhältnis eines von der Legislative verfolgten Zieles zu den als Voraussetzungen für die Rechtsfolge in einer Rechtsregel normierten Kriterien

1) Vgl. Weinberger, S. 295! Dort auch, daß die teleologische Beziehung nicht nur eine bloße Konversion der Kausalbeziehung darstellt.

ist jedoch weit komplexerer Art und läßt sich nicht ohne weiteres in dieses System einordnen. Jede Normierung ist Zwecksetzung und zugleich Mittelbestimmung. Aufgrund des vorgegebenen Normensystems der Rechtsordnung besteht eine Kausalbeziehung zwischen Ziel und Normsatz. Durch die Normierung wird dieses Kausalsystem betreten, um den Normsatz **als** Mittel einzusetzen. Die Struktur des Normsatzes selbst ist jedoch ein Konditionalsystem ¹⁾, welches als Voraussetzung der jeweiligen Rechtsfolge Subsumtionsbedingungen enthält. Die genaue Verknüpfung und die Zusammenhänge, welche bei einer Normierung zwischen Kausalitätsbeziehung und Konditionalsystem bestehen, brauchen für die vorliegende Untersuchung nicht weiter erörtert zu werden. Das hier wichtige und entscheidende Ergebnis lautet: Das Vergleichskriterium setzt als Bedingung im gesetzlichen Tatbestand den Ausgangspunkt, von dem aus das Ziel anzugehen ist; der Weg, über den das Ziel erreicht wird, ist die Rechtsfolge. Der Zweck wird also mittels der angeordneten Rechtsfolge verwirklicht, auf der Grundlage der tatbestandlichen Voraussetzung. Diese selbst kann niemals Mittel zum Erreichen des Normzweckes sein, da sie als solche nichts bewirkt.

Das Vergleichskriterium, wie jedes andere Tatbestandsmerkmal, ist auch nicht Mittel ²⁾ zur Verwirklichung von Gleichheit oder Ungleichheit ³⁾. Durch das

1) Vgl. Weinberger, S. 207 ff und S. 229 f!

2) Es lassen sich im übrigen vielerlei Beziehungen aufstellen, z.B.: 1) Welche Funktion hat das Vergleichskriterium im Hinblick auf a) die Aussage der Gleichheit bzw. Ungleichheit? b) das Gebot gleicher bzw. ungleicher Rechtsfolge eines Normsatzes in seiner Eigenschaft als Tatbestandsmerkmal? d) den Normzweck? 2) Welche Beurteilung ergibt sich in jeweiliger Hinsicht - a) bis d) - für die Aussage der Gleichheit bzw. Ungleichheit?

3) So aber ausdrücklich Podlech, S. 114.

Vergleichsmerkmal wird nichts bewirkt; da es niemals Ursache sein kann, ist es als Maßstab nicht Mittel einer Relation. Anderenfalls wäre jede Beziehung der Gleichheit oder Ungleichheit die Konsequenz des gesetzten Zweckes ¹⁾ und damit Folge des zuvor gewählten Vergleichsmerkmals. Unabhängig von der gewollten Zwecksetzung müßte also daneben die Gleichheitsbeziehung aufgrund dieses einen Kriteriums auch als objektiver Kausalzusammenhang bestehen. Gleichheit ist jedoch eine Aussage über die Beziehung von Verschiedenem, ohne daß dabei ein ursächliches Grund- Folge - Verhältnis besteht.

Das Vergleichskriterium könnte Ursache der Gleichheit nur sein, wenn es die Übereinstimmung selbst bewirkte. Eine Kausalbeziehung ist zeitlich jedoch so bestimmt, daß die Ursache der Wirkung (Folge) vorangeht ²⁾. Das ist nicht der Fall bei der Aussage über die Gleichheit. Das Feststellen einer Beziehung aufgrund eines selbst vorgegebenen Wertes ist kein kausales Bewirken einer Folge. Lediglich durch die Anwendung eines Vergleichsmaßstabes wird keine Ursache für eine zu bewirkende Gleichheit gesetzt. Wenn gesagt worden ist, zwischen Gleichheit und Gleichbehandlung bestehe ein formales Grund - Folge - Verhältnis ³⁾, dann betrifft diese Aussage aufgrund der formellen Struktur des Gleichheitssatzes keine unmittelbare Beziehung des Vergleichskriteriums. Allein im allgemeinen Gleichheitssatz liegt die causa der gleichen Rechtsfolge; diese ist nicht die Konsequenz eines Vergleichskriteriums.

1) Weinberger, S. 295.

2) Weinberger, S. 282.

3) S.oben S. 23!

b) Kritik der herrschenden Meinung

Genau an diesem Punkt liegt der Irrtum des Gleichheitsverständnisses der bestehenden Meinungen ¹⁾: In der fehlenden Unterscheidung zwischen Gleichheit und Ungleichheit einerseits sowie Gleichbehandlung und Differenzierung andererseits. Die gleiche und die differenzierende Behandlung sind als Rechtsfolge sehr wohl Mittel im Sinne einer Grund - Folge - Beziehung, um den Gesetzeszweck zu erreichen. Die Frage, ob eine rechtsfolgemäßige Behandlung als solche geeignet, adäquat sei, ist aber kein Gleichheitsproblem, sondern eine Frage des Übermaßverbotes und der Verhältnismäßigkeit. Es geht nicht darum, die Zweckmäßigkeit eines Gesetzes ²⁾ oder das Mittel der angeordneten Rechtsfolge zu prüfen, sondern ausschließlich um die Funktion des tertium comparationis und seine Zusammenhänge mit der Finalität einer Norm. Es ist die Frage, ob die Motivation des Gesetzgebers folgerichtig durchgeführt ist. Die finale Konsequenz einer gesetzlichen Regelung ist ein echtes Gleichheitsproblem, welches dieser Verfassungsnorm einen erheblichen Teil ihrer Bedeutung zukommen läßt und sie zugleich in vollem Umfang judikabel erhält; vorausgesetzt, man weicht nicht auf die negative Abgrenzung zum Unvereinbaren hin aus, wie dies die Rechtsprechung tut.

1) Aus neuester Zeit insbesondere Podlech, S. 114 ff. S. auch Ipsen, Gleichheit, S. 189 f; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3, Anm. III 4 c; Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 70 f!

2) S. oben, S. 56 ff!
Ob insoweit ein Ermessen besteht, soll nicht untersucht werden, da es sich dabei um kein Gleichheitsproblem handelt, sondern allenfalls um eine Frage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Vor allem Fuß ¹⁾ hat erkannt, daß die Erwägungen zur Bildung der Vergleichstatbestände durch den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck bedingt sind ²⁾. Indem Fuß aber vom Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts ausgeht, tatsächliche Ungleichheiten müßten vernünftiger- oder sachgerechterweise die unterschiedlichen Rechtsfolgen auslösen, bleibt an diesem auch seine Überlegung verhaftet, um dann doch wieder eine "Freiheit in der Auswahl der zweckverwirklichenden Mittel" zu begründen. Unterschiedliche Rechtsfolgen werden jedoch allein durch die Forderung des allgemeinen Gleichheitssatzes ausgelöst und nicht, weil sie irgendwie sachlich gerechtfertigt sind. Das Verdienst von Fuß besteht darin, klargestellt zu haben, daß der Gesetzgeber den legislatorischen Zweck frei bestimmt, und die Rechtsprechung mit der ihr eigenen Methode der Subsumtion die logische Konsequenz überprüfen kann ³⁾.

Auch bei anderen Autoren wird erwähnt, daß der Normzweck den funktionalen Gesichtspunkt bildet, und das Unterscheidungsmerkmal darauf bezogen "nomadäquat" zu sein hat ⁴⁾. Doch immer wird diese Normadäquanz

1) Fuß, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 59, 329 ff.

2) a.a.O., S. 331.

3) a.a.O., S. 330.

4) Insbes. Peters, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, S. 30 f.; Friauf, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, S. 37 f. Allerdings hat auch die Rspr., BVerfGE 4, 144 (155), schon erwähnt, die Regelung dürfe in bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand nicht unangemessen sein. Wie sich aus BVerfGE 2, 266 (280) ergibt ("... Unangemessenheit der gesetzlichen Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation .."), wird dabei aber das Problem der Verhältnismäßigkeit mit dem der Gleichheit vermischt, indem zu sehr auf die Rechtsfolge abgestellt wird.

Rink, JZ 63, 521 (522) hebt hervor, daß die Sachgemäßheit aus der Aufgabe und der Konzeption eines Gesetzes folge, ohne selbst aber daraus Konsequenzen zu ziehen. S. auch Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 114 ff., der ebenfalls zu sehr

zur Beurteilung der gleichen oder ungleichen rechtsfolgemäßigen Behandlung herangezogen, welche je nach Voraussetzung ihre Berechtigung aus dem allgemeinen Gleichheitssatz erhält und darüber hinaus keiner Begründung bedarf. Das Problem des primären folgerichtigen Gleichheitsurteils aufgrund eines der Norm adäquaten Vergleichskriteriums wird übersehen.

Fortsetzung zu S.59, Fußnote 4)

auf die Behandlung als Element des Gleichen fixiert ist, um über das bekannte Mittel-Zweck-Schema hinauszukommen. Es geht nicht darum, die aus der Verwirklichung der normativen Mittel resultierende Ungleichbehandlung im Hinblick auf ein erlaubtes Ziel zu begründen (so Podlech, a.a.O., S.114), sondern als ein Gleichheitsproblem ausschließlich um das Vorliegen der Ungleichheit als richtige Voraussetzung jeder Behandlung.

c) Die Auswahl des Vergleichskriteriums als Konkretisierung der im Gesetzeszweck enthaltenen Zielvorstellung

Jede Rüge, eine Norm verstoße gegen den Gleichheitssatz, weil entweder ein Sachverhalt nicht in gleicher Weise wie ein anderer behandelt wird (Gebot der Gleichbehandlung) oder weil keine Ungleichbehandlung erfolgt (Gebot der Differenzierung), wendet sich also dagegen, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen falsch normiert sind. Die Beurteilung der Gleichheit muß von den in jedem einzelnen Gesetz aufgestellten Tatbestandsmerkmalen aus geprüft werden. Die Frage nach dem maßgeblichen Kriterium stellt sich als ein Tatbestandsproblem ¹⁾ dar, welches im Hinblick auf den Gesetzeszweck als einem funktionalen Bezugsgesichtspunkt zu lösen ist.

Damit bestehen keinerlei Möglichkeiten innerhalb eines Handlungs- oder Entscheidungsspielraumes zu verschiedenen Wertentscheidungen ²⁾. Allein die Konkretisierung der im Gesetzeszweck enthaltenen Zielvorstellung steht zur Beurteilung, und zwar ohne daß dabei die Rechtsfolge einzubeziehen ist. Vor allem gibt es nichts zu vollziehen, was gerade das Ermessen von der Wertausfüllung unterscheidet. Vollzogen wird weder der Gesetzeszweck noch die Gleichheit, denn das Vergleichskriterium hat nicht die Funktion eines Mittels. Ein Ermessen bei der Auswahl des Vergleichskriteriums gibt es daher nicht.

1) Vgl. Bellstedt, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, S. 107 ff;

2) Auf das verwaltungsrechtliche Problem des Beurteilungsspielraums bei unbestimmten Rechtsbegriffen soll nicht eingegangen werden, da es für das Gleichheitsverständnis wenig ergiebig ist. Im übrigen ist die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.

Hat eine gesetzliche Regelung den Schutz des Mittelstandes zum Zweck, muß als erstes Erfordernis dieser Kreis des Mittelstandes eingegrenzt und definiert werden. Die Eigenschaft "mittelständisch" ist ein Wertbegriff, den es durch Erfassen der zugehörigen Einzelmerkmale auszufüllen gilt. Die schützende Maßnahme erfolgt durch die angeordnete Rechtsfolge, tatbestandliche Voraussetzung ist die Eigenschaft, mittelständisch zu sein.

Werden Teilkriterien dieses Merkmals nicht in den Tatbestand aufgenommen, wird dieser Begriff also nicht hinreichend konkretisiert, dann würde damit jene Mittelstandsgruppe unter Verletzung des Gleichheitssatzes mangels Normierung nicht erfaßt, auf die das fehlende Kriterium gerade zutrifft. Dieser Fall hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung zur Zweigstellensteuer befaßt ¹⁾. Den umgekehrten Fall betraf die Entscheidung zum Rabattgesetz ²⁾: Der Gleichheitsverstoß resultierte aus der zu weiten Fassung der tatbestandlichen Voraussetzung, womit die mittelständische Betriebsgröße als Kriterium faktisch nicht in Kraft war.

Reduziert man die Problematik auf die begriffliche Gleichsetzung der dem Normzweck für den Erfolg (Schutz des ...) immanenten Voraussetzung (...Mittelstandes) mit dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal, wird also der Begriff "mittelständisch" direkt als Tatbestandsvoraussetzung normiert, dann wird deutlich, daß für ein irgendwie geartetes Ermessen kein Raum mehr ist. Die Frage, welche Sachverhalte dieses Kriterium erfüllen, ist eine Wertausfüllung, welche

1) S. o., S.30 f!

2)S. o., S.29 f!

der Auslegung von Rechtsbegriffen gleichkommt. Diese Entscheidung kann gerichtlich anhand objektiver Kriterien nachvollzogen werden, ohne daß das Gericht seine eigene Auffassung anstelle der des Gesetzgebers setzen könnte.

Eine dem hier dargelegte Gleichheitsverständnis weitgehend entsprechende Gedankenführung hat das Bundesverfassungsgericht seiner Argumentation im Beschluß über die Verfassungsmäßigkeit des baden-württembergischen Feuerwehrbeitrages ¹⁾ zugrunde gelegt. Es stand in Frage, ob vom persönlichen Feuerwehrdienst befreite Schwerkriegsbeschädigte Beitragspflichtig sind. Das Gericht geht von folgender Überlegung aus ²⁾:

- (1) Es muß Klarheit bestehen, welche Aufgabe dem Gesetz gestellt ist, und welcher Mittel es sich bedient.
- (2) Im Sinne dieser konkreten Regelung ist zu beurteilen, ob die für Gleichheit oder Ungleichheit maßgebenden Kriterien erkannt und richtig bewertet sind.
- (3) Danach läßt sich feststellen, ob die "Sachverhalte zu Recht oder zu Unrecht in die gesetzlichen Tatbestände einbezogen oder aus ihnen ausgeschieden sind".

Weil nach Auffassung des Gerichts die Gesamtkonzeption ³⁾, von welcher das Gesetz ausgeht,

1) BVerfGE 9, 291 ff.

2) a.a.O., S. 294.

3) a.a.O., S. 297.

klarzustellen war, werden alternativ die insoweit möglichen Deutungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft:

- a) Für einen Beitrag im abgabenrechtlichen Sinn ist der Gesichtspunkt der Gegenleistung maßgebend ¹⁾. Demgemäß richtet sich die Abgrenzung des beitragspflichtigen Personenkreises danach, ob eine Gegenleistung erlangt wird. Die Beschränkung auf Männer im Alter von 18 - 60 Jahren hat mit einer solchen Gegenleistung nichts zu tun und verstößt gegen den Gleichheitssatz.
- b) Ein Ersatzgeld würde von dem Gedanken getragen, daß diejenigen Personen zur Beitragspflicht herangezogen werden, welche zwar persönlich dienstpflichtig wären, aber tatsächlich keinen Feuerwehrdienst ableisten ²⁾. Unterscheidungsmerkmal ist dann die Eigenschaft der Dienstpflicht. Die Einbeziehung der davon befreiten Schwerbeschädigten würde gegen den Gleichheitssatz verstoßen.
- c) Eine allgemeine Personalsteuer dagegen wäre unabhängig von einer Dienstpflicht bei der Feuerwehr. Das Interesse am Brandschutz rechtfertige die Erhebung der Abgabe ³⁾, wäre also maßgebendes Vergleichskriterium. Danach aber würde sich wieder die Begrenzung auf Männer zwischen dem 18. und 60. Lebensjahr als gleichheitswidrig erweisen.

Das Verfassungsgericht ist also jeweils von dem für möglich gehaltenen Zweck der Vorschrift ausgegangen. Da dieser sich nicht eindeutig ergab, mußte eine

1) a.a.O., S. 297, ebenso S. 298: der legitimierende Gesichtspunkt.

2) a.a.O., S. 299.

3) a.a.O., S. 301.

Eventualprüfung erfolgen, welche sich allerdings stets am Normzweck orientiert ¹⁾, ohne Suchen nach irgendeinem sachlichen Grund zu sein. Von einem Ermessen ist nicht die Rede, vielmehr ob im Sinn der dem Gesetz gestellten Aufgabe das maßgebende Merkmal erkannt und folgerichtig durchgeführt worden ist ²⁾. Das Abstellen auf bestimmte steuerrechtliche Begriffe ist allein eine technische Frage des Typisierens und Fassens von Zwecken, ohne daß der Begriff als solcher den Zweck überlagert.

Wenn schließlich die Notwendigkeit erwähnt wird, der Gesetzgeber müsse sich klar werden, welche Gestaltungsmöglichkeiten er verwirklichen und wie er dem Gleichheitssatz gerecht werden will ³⁾, dann besteht eine Gestaltungsfreiheit nur im Hinblick auf die Zielwahl; die konsequente Durchführung und die Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz lassen keine Freiheit mehr.

Ein Beispiel für die am eigentlichen Gleichheitsproblem vorbeigehende Argumentation ist die Entscheidung ⁴⁾ zum Reugeldgesetz ⁵⁾. Es sollte mit der angegriffenen Regelung erreicht werden, daß Einfuhrgenehmigungen nur in der tatsächlich benötigten Höhe beantragt und erteilt würden. Sofern sie nicht vollständig in dem beantragten und erteilten Umfang ausgenutzt wurden, konnte ein Reugeld festgesetzt werden.

1) Und nicht am Gerechtigkeitsgedanken!

2) a.a.O., S. 299 ff.

3) a.a.O., S. 302.

4) BVerfGE 9, 137 (146).

5) § 1 Abs. 1 § 4 Abs. 2 des Gesetzes gegen unbegründete Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen v. 27.12.1951, BGBl. I S. 1005.

Die Frage, ob die dadurch eintretende unterschiedliche Belastung von kapitalstarken und kapital schwachen Unternehmen gegen den Gleichheitssatz verstoße, hat das Bundesverfassungsgericht verneint. Begründung ¹⁾: Es sei Sache des gesetzgeberischen Ermessens, ob und in welchem Umfang vorgegebenen und natürlichen Verschiedenheiten, nämlich der Kapitalstärke, Rechnung getragen werden müsse. Die ungleiche Belastung durch eine öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht sei aber "sachgerecht" in einer das freie Unternehmertum bejahenden Wirtschaft. Damit würde die "sachrechte" Ungleichheit aus dem freien Unternehmertum resultieren!

Ein Ermessen, die unterschiedliche Kapitalstärke außer acht zu lassen, ist weder notwendig noch haltbar, dieses Kriterium ist vielmehr gar nicht maßgebend. Ausgehend vom Normzweck ist ausschlaggebend allein das Unterscheiden des erteilten Genehmigungsumfangs ²⁾. Unternehmen, welche diese Voraussetzung erfüllen, sind insoweit gleich und müssen der gleichen Rechtsfolge unterworfen werden. Mit freiem Unternehmertum hat das wenig zu tun.

Wenig überzeugend ist auch die Behandlung der Frage der zulässigen Verlängerung oder Aufhebung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen. Es wird die differenzierende Behandlung dieser Delikte durch § 1 Berechnungsgesetz ³⁾ gegenüber allen anderen nicht

1) a.a.C., S. 146.

2) Was aber - um auf die Argumentation des Gerichts zurückzukommen - im Hinblick auf die Kapitalstärke geradezu sachfremd ist.

3) Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 15. 4. 1965, BGBl. I S. 315.

mit lebenslangem Zuchthaus bedrohten Verbrechen mit der verschiedenen Höhe der Strafandrohung begründet ¹⁾. Die Ungleichheit als Voraussetzung der Differenzierung wird unterstellt, ohne daß eigentlich die Maßgeblichkeit des Vergleichskriteriums überprüft würde. Die Differenzierung ist wegen der Forderung des Gleichheitssatzes eine notwendige Folge des Ungleichens, es ist deshalb das entscheidende Problem die Frage der Ungleichheit. Das Argument, das Verjährungsrecht knüpfe von jeher an die Strafandrohung an, ist für die Frage des tertium comparationis und der Gleichheitsbeziehung aber ohne Aussagewert, da lediglich allgemein irgendeine Strafandrohung als notwendig bezeichnet wird.

Es steht dem formellen Verjährungsprinzip das materielle Strafprinzip ²⁾ (Unrecht- und Schuldprinzip) gegenüber, für dessen Priorität sich die Legislative entschieden hatte: Verstärkte Wirkung in Fällen schwerwiegenden Unrechts- und Schuldvorwurfs. Dieses angestrebte Ziel ist auf besonders verwerfliche Verbrechen gerichtet und wird durch die Bezeichnung: "mit lebenslangem Zuchthaus bedroht" konkretisiert. Das Erfassen ausschließlich dieser Delikte im gesetzlichen Tatbestand ist nur folgerichtig, ohne daß dabei "eine sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit" ³⁾ eine Rolle spielen könnte. Denn besonders verwerfliches Unrecht ist insbesondere das mit lebenslangem Zuchthaus bedrohte. Ist es aber richtig, den materiellen Strafprinzip Vorrang einzuräumen?

1) BVerfGE 25, 269 (293): "Sachlich vertretbar".

2) Andere Fälle des Konkurrierens materieller und formeller Rechtsgrundsätze: BVerfGE 5, 22 (23); 9, 334 (337 f); 13, 39 (45); 15, 167 (205)!

3) a.a.O., S. 299.

d) Zielwahl

Für die in der vorgenannten Entscheidung vorgela-
gte Frage, ob das Strafprinzip dem Verjährungsprin-
zip vorzuziehen ist, mögen gewichtige Gründe dafür
und dagegen sprechen. Sie sind zu sehr genereller
rechtsstaatlicher wie politischer Natur, als daß der
allgemeine Gleichheitssatz hier als Regulativ wirk-
sam werden könnte. Die bereits mehrfach erwähnte ¹⁾
und als Zielwahl bezeichnete Entscheidung der Legis-
lative, einen bestimmten Zustand herbeiführen zu wollen,
liegt in dem vor dem Gleichheitssatz erfaßten legis-
latorischen Handlungsbereich. Die Begrenzung durch die
Grundrechte der Verfassung kann nur soweit gehen,
als deren Gehalt tatsächlich Schranken setzt.

Die Forderung des Gleichheitssatzes nach gleicher
Behandlung setzt die Entscheidung für einen bestimmten
gesetzgeberischen Zweck gerade voraus, kann also
darauf keinerlei Einfluß haben. Dieser der Legislative
ureigene Bereich der Zielwahl ist zwar nicht schran-
kenlos ²⁾, denn nur ein legitimes, mit dem Grundgesetz
in Einklang stehendes Ziel kann vom Gesetzgeber befolgt
werden. Doch seine generelle Handlungsfreiheit kann
mangels einer direktiven Bindung nicht als Ermessen
verstanden werden.

1) Vgl. oben, S. 37, 43, 45, 47 !

2) S. oben, S. 50 f!

2. Diskussion der Zweckgebundenheit des Vergleichskriteriums am Beispiel der Wahlgleichheit und des Ausschlusses von Splitterparteien

Im Verlauf der bisherigen Erörterungen ist versucht worden, die Systematik des Gleichheitssatzes vorwiegend aufgrund formaler Betrachtungen darzustellen. Die Vielschichtigkeit der von der Legislative zu durchschreitenden Entscheidungsbereiche soll nun am Beispiel der Wahlgleichheit verdeutlicht werden ¹⁾. Dabei wird als Teilproblem die Zulässigkeit von Sperrklauseln und das Problem der Splitterparteien ²⁾ untersucht.

-
- 1) Auf die Frage, ob die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ("Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt") enthaltene Bestimmung der Gleichheit der Wahl ein Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 1 GG ist (BVerfGE 1, 208 (237, 242); 6, 84 (84); 29, 154 (163); Rink, DVBl 58, 221 (222); Seifert, Das Bundeswahlgesetz, S. 45), dessen Verletzung auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt, oder aber eine lex specialis (v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 38, Anm. III 2 f) braucht nicht eingegangen zu werden, da dies für die Systematik der rechtlichen Gleichheit keinen Unterschied ausmacht.
- 2) Zur geschichtlichen Entwicklung und allgemein zum Problem der Splitterparteien: Röhl, DVBl 54, 557 ff und 589 ff.

a) Die Rechtsprechung des Bundes-
verfassungsgerichtes

Sieht man von den Überlegungen zum System der Mehrheitswahl ab, da sie für die vorliegende Gleichheitsproblematik ohne Bedeutung sind, dann stellt sich die Aussage der Rechtsprechung, - wenn auch modifiziert als Grundrecht der politischen Parteien auf Chancengleichheit ¹⁾ -, in der bekannten Weise dar:

- (1) Jede Stimme hat (im Rahmen des geltenden Verhältniswahlrechts) den gleichen Anteil am Wahlergebnis, sogenannter gleicher Erfolgswert ²⁾; sie muß zur Parlamentsbildung in gleicher Weise beitragen, wie die Stimme jedes anderen Wählers.
- (2) Dieser Grundsatz kann jedoch durchbrochen werden, sofern der allgemeine Gleichheitssatz diese Durchbrechung deckt ³⁾, allerdings nur in engen Grenzen und durch besonders zwingende Gründe gerechtfertigt ⁴⁾.

1) Vgl. BVerfGE 24, 300 (340 f); Leibholz/Rink, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 38, Anm. 6; Hamann/Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 38, Anm. B 5 b; Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, S. 53 f und passim!

2) BVerfGE 1, 208 (244 ff); 6, 104 (111); 7, 63 (70); 11, 351 (362); 13, 243 (246); 16, 130 (139); 24, 300 (240); s. auch Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 38, Anm. 48 f; Seifert, Das Bundeswahlgesetz, Art. 38 GG, Anm. 23; v. Mangoldt/Klein, Art. 38, Anm. III 2 f!

3) BVerfGE 1, 208 (247); 4, 375 (382); 13, 243 (247)!

4) BVerfGE 1, 208 (225); 4, 375 (382); 6, 84 (94), 273 (280); 8, 51 (64 f); 13, 243 (247); 14, 121 (133); 20, 56 (116); 24, 300 (341); 29, 154 (163); 30, 227 (247).

Mit diesem zweiten Gedanken wird als selbstverständlich ein Ermessen der Legislative unterstellt ¹⁾. Der Spielraum stehe dem Gesetzgeber bei der Einführung von Sperrklauseln und bei der Bestimmung der Höhe des Quorums zu ²⁾. Es soll dem Gesetzgeber sogar freistehen, ob von der Sperrklausel das Wahlgebiet ganz oder nur teilweise betroffen werde ³⁾.

Die Argumentation des Verfassungsgerichtes enthält den bekannten Widerspruch ⁴⁾: Das bestehende Ermessen dürfe nur bei zwingenden, besonders wichtigen Gründen ausgeübt werden ⁵⁾, wenn es schwerwiegende Bedürfnisse forderten. Sofern eine zwingende Notwendigkeit besteht, ist aber eine Freiheit schwer denkbar, dieses Bedürfnis außer acht zu lassen. Es wird die Freiheit mit besonders zwingenden Gründen begründet, obwohl diese zum Handeln gleichsam nötigen.

Bei der Einführung einer Sperrklausel ergibt sich, daß sämtliche Parteien, welche die Klausel nicht erreichen, ungleich sind gegenüber jenen, welche diese Beschränkung überwinden. Vergleichskriterium ist also ein zahlenmäßig fixiertes Quorum. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtes soll es der Legislative

1) Vgl. BVerfGE 6, 84 (95); 14, 121 (133), m. weit. Hinw.; Rink, DVBl 58, 221 (224)! S. auch BVerfGE 3, 19 (19, 24, 29)!

2) Insbesondere BVerfGE 1, 208 (256); s. auch BVerfGE 4, 31 (40), 375 (380)!

3) BVerfGE 6, 84 (95).

4) Vgl. oben, S. 6!

5) BVerfGE 1, 208 (248); 4, 375 (382 f); 8, 51 (65, 69); 11, 266 (272), 351 (361); 12, 10 (25), 73 (77); 14, 121 (133).

freistehen ¹⁾, ob große und kleine Parteien gleich sind und, sofern sie ungleich sein sollten, anhand welcher Größe dies festzustellen ist. So wenig, wie aber die gesetzgeberische Freiheit umschrieben wird, unternimmt das Gericht den Versuch, jene besonders wichtigen Gründe und engen Grenzen konkret zu bestimmen, welche gerade die gesetzgeberische Freiheit ausmachen sollen.

Das Ergebnis sei vorweg genommen: Eine solche Freiheit zum Durchbrechen gewisser Wahlgrundsätze gibt es nicht. Es existieren Gründe, die ein modifiziertes Wahlsystem bedingen. Es bedarf nur dann der Hilfskonstruktion eines Ermessens der Legislative, wenn sowohl diese Gründe wie ihre Durchführung nicht konkretisiert werden.

1) Grundsätzlich zur Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG BVerfGE 3, 19 (24); 5, 77 (81).

b) Diskussion anhand der hier entwickelten
Grundsätze unter dem Gesichtspunktspunkt
des Normzwecks

Auf der Grundlage der bisherigen Überlegungen, der Verknüpfung von Normzweck und Tatbestandsvoraussetzung, werde eine mit den Grundsätzen des allgemeinen Gleichheitssatzes übereinstimmende Unterscheidung der verschiedenen Parteien dargestellt:

- (1) Nach der Absicht des Gesetzgebers soll mit der Wahl der Bundestagsabgeordneten eine möglichst genaue Übereinstimmung des Stimmanteils der verschiedenen politischen Richtungen mit dem Anteil der Parlamentssitze erreicht ¹⁾, zugleich jedoch verhindert werden, daß die Aktionsfähigkeit des Parlaments dadurch gemindert wird, daß wegen einer übermäßigen Stimmenzersplitterung die für eine konstante Regierungsarbeit notwendige Mehrheitsbildung vereitelt würde. Der Normzweck ist zwieschichtig, wobei schließlich bei der Durchführung die verfolgten Zwecke sich in einem Teilbereich widersprechen ²⁾. Das Ziel der genauen Repräsentanz aller politischen Richtungen läuft dem eines mehrheitsfähigen Parlaments grundsätzlich nicht zuwider. Diese Kontroverse entsteht erst, wenn die mangelnde Beschlußfähigkeit mit der Existenz von Splitterparteien gleichgesetzt wird ³⁾.

1) BVerfGE 1, 208 (244 ff), ständ.Rspr..

2) BVerfGE 1, 208 (247): zwei Prinzipien, die in einem Spannungsverhältnis stehen.

3) Die jüngste Vergangenheit der sozial-liberalen Koalition hat gezeigt, daß dies kein zwingender Schluß ist, eine sog. Patt-Situation vielmehr auch bei nur wenigen größeren Parteien entstehen kann.

Eine weitgehende Berücksichtigung des unterschiedlichen politischen Wählerquotums ist nur möglich mittels eines Verhältniswahlsystems, welches den gleichen Erfolgswert aller Stimmen weitgehend garantiert ¹⁾. Durch eine Sperrklausel wird allerdings derjenige Stimmanteil außer acht gelassen, welcher den darin festgelegten Prozentsatz nicht erreicht. Die Rüge einer daraus resultierenden Gleichheitsverletzung geht von einer vollständigen Durchführung des Verhältniswahlsystems aus. Die Gleichheitsverletzung wird zum Problem der Folgerichtigkeit.

- (2) Die Legitimität des Zwecks, ein mehrheitstaugliches und aktionsfähiges Parlament zu schaffen, braucht nicht weiter begründet zu werden: Ein zur Beschlußfassung untaugliches Parlament negiert sich als gesetzgeberische Gewalt selbst.

Der Normzweck zeichnet sich inhaltlich durch die Finalität aus, einen bestimmten Zielzustand verwirklichen zu wollen. Dieses Ziel ist die Aufstellung einer Volksvertretung als beschließendes, demokratisches Staatsorgan. Soll das Volk als Souverän die von ihm ausgehende Macht ausüben können, dann muß die dafür notwendige, aber auch taugliche Einrichtung geschaffen werden. Von der dem Parlament in einer Demokratie gestellten Aufgabe her ergibt sich die Notwendigkeit, beschlußfähig zu sein und zwar auch in einem technischen Sinne im Hinblick auf die Mehrheitsverhältnisse.

1) Im einzelnen v. Mangoldt/Klein, Art. 3, Anm. III 2 f u. Leibholz/Rink, Art. 38, Anm. 4 a, beide jeweils m. vielen Hinw.; Rink, DVBl 58, 221 (223 f).

Damit erweist sich der Normzweck als einheitliche Finalität unter Einschluß verschiedener Elemente. Sein Inhalt wird ausschließlich durch eine Zielvorstellung geprägt, welche dem Parlament nicht nur die Funktion einer bloßen Repräsentanz, sondern einer mit Machtbefugnissen ausgestatteten, agierenden Institution zuweist.

- (3) Um die Mehrheitsfunktion des Parlaments zu gewährleisten, ist es erforderlich, alle Faktoren auszuschließen, welche die gewünschte Eigenschaft (ganz oder teilweise) verhindern. Dies zu klären, bedarf es einer Konkretisierung des Begriffes der Mehrheitsfähigkeit eines Parlamentes sowie dessen Wertung. Nur auf diese Weise wird verdeutlicht, welche Elemente mit dem verfolgten Ziel unvereinbar sind ¹⁾.

Aufgrund der historischen Erfahrungen besteht die Überzeugung, die Aktionsfähigkeit des Parlamentes werde durch eine Zersplitterung der Parlamentssitze beeinträchtigt. Der Wahrheitsgehalt dieser Aussage kann nicht angezweifelt werden. Es ist deshalb der Schluß richtig und zulässig, zur Wahrung der parlamentarischen Beschlußtauglichkeit die Zersplitterung zu unterbinden.

1) Auf die verschiedenen positiven und negativen Möglichkeiten, zu normieren, wird nicht eingegangen, da sie rechtlich grundsätzlich gleichwertig sind. Das Normsetzungsverfahren ist ein vielschichtiger Entscheidungsprozeß, wobei innerhalb des jeweiligen Bereichs positiv oder negativ sowie auch gemischt vorgegangen werden kann. Beispiele für eine positive Sicherung der Aktionsfähigkeit des Parlaments durch sog. "Prämiensysteme", welche die großen Parteien stärken, erwähnt Seifert, Das Bundeswahlgesetz, Art. 38 GG, Anm. 26.

Insoweit ist die Aussage: mehrheitsfähiges Parlament = ohne Splitterparteien notwendig. Dabei kann diese Gleichsetzung nicht auch vice versa erfolgen, ohne nur eine Teilaussage zu sein. Denn über die mögliche Existenz anderer Faktoren, welche die parlamentarische Sitzverteilung für Mehrheitsbeschlüsse untauglich machen, ist und soll nicht befunden werden.

Die Entscheidung darüber, ob Splitterparteien mehrheitshinderlich für Parlamentsbeschlüsse sind, kann schlechterdings nicht im Ermessen des Urteilenden stehen ¹⁾. Eine irgendwie geartete Freiheit der Gestaltung ist nicht möglich, da es nur ein Bejahen oder Verneinen gibt, keine darüber hinausreichenden Handlungsmodalitäten. Denn die Feststellung, unter welchen Situationen die Beschlußfähigkeit leidet, ist eine Frage des Wertens. Gestaltet wird an diesem Punkt gerade nicht, es wird vielmehr ein Begriff - zumindest in einem Teilinhalt - festgelegt.

Das Bundesverfassungsgericht ²⁾ sieht in der "staatspolitischen Gefahr" der Zersplitterung der Parlamentssitze einen "aus der Natur der Sache" sich ergebenden Grund für die differenzierte Behandlung. Damit ist jedoch der Zweck der Wahl gemeint, den Staat mit handlungsfähigen Organen

1) Gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses von Splitterparteien wenden sich Hamann/Lenz, Art. 38, Anm. B 5 d, da hierzu keine verfassungsrechtliche Ermächtigung bestehe und dies zu Verzerrungen führen könne.

2) BVerfGE 1, 208 (248); 6, 81 (92).

zu versehen ¹⁾. "Von diesem Standpunkt aus hängt die Richtigkeit eines Wahlsystems nicht davon ab, ob es jedem einzelnen Menschen im Staatsleben den gleichen Einfluß verschafft." ²⁾ Der Normzweck als Standpunkt der Beurteilung entspricht damit der Vergleichshinsicht, unter welcher das Vergleichskriterium festzulegen ist.

Es ist bereits nachgewiesen worden, daß der in der Diktion des Verfassungsgerichtes gebrauchte Ausdruck "Sachbereich" und damit auch derjenige der "Sache" nur die Gesamtheit des jeweiligen Gesetzgebungskomplexes bedeuten kann. Welcher Gehalt den Sachbereich ausmacht, ist unter dem der Normfinalität innewohnenden Aspekt zu beurteilen.

Nachdem die potentielle Beschlußfähigkeit teilweise durch die Existenz von Splitterparteien bedingt wird, hat ein verhinderndes Gesetz auf diese Splitterparteien Bezug zu nehmen, entweder positiv durch Bevorzugung aller anderen oder negativ durch Behinderung dieser Parteien. Die Eigenschaft, Splitterpartei zu sein, ist somit zum Vergleichskriterium geworden. Sie bildet die tatbestandliche Voraussetzung für die im Zusammenhang mit der zu erhaltenden Beschlußfähigkeit des Parlamentes zu treffenden Rechtsfolge. Soweit "mehrheitsfähig". "ohne Splitterparteien" bedeutet, ist das tertium comparationis direkt aus dem Gesetzeszweck herzuleiten. Die Behauptung, der Gleichheitssatz werde hierdurch verletzt, wendet sich gegen diese vorgenommene

1) BVerfGE 1, 208 (247 f): "... mit einem Parlament, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachlich gesetzgeberische Arbeit zu leisten".

2) BVerfGE a.a.O.

Konkretisierung.

- (4) Der Begriff der Splitterpartei ¹⁾ ist abhängig von der Forderung nach einem mehrheitsfähigen Parlament, mehr noch: die Existenz einer Splitterpartei ist damit unvereinbar. Seinen Inhalt bezieht dieser Ausdruck aus der Beeinträchtigung der Beschlußfähigkeit, wie deren Konkretisierung hat deutlich werden lassen, und allein maßgebend ist die Zersplitterung der Parlamentssitze in viele kleine, widerstreitende Gruppen.

Für die Beschlußfähigkeit ist es ohne Einfluß, ob die Wählerschaft einer solchen kleinen Partei im ganzen Land verstreut ist und keinen örtlichen Schwerpunkt hat ²⁾. Soll dieses zusätzliche Erfordernis des mangelnden lokalen Schwerpunktes aus dem Begriff der Splitterpartei hergeleitet werden, der nur unter dem Blickwinkel der parlamentarischen Beschlußfähigkeit zu beurteilen ist, dann kann das nur unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz erfolgen. Eine solche Beurteilung wäre

1) Nach BVerfGE ist bezeichnend: a) ein kleiner Stimmanteil b) das Fehlen eines örtlichen Schwerpunktes. Kritisch zur Auffassung, kleine Parteien mit örtlichem Schwerpunkt von Splitterparteien auszunehmen, Seifert, DÖV 53, 42 (44). BVerfGE 4, 31 (41) gesteht dem Gesetzgeber aber ausdrücklich eine Ermessensentscheidung zu, "ob er zugunsten von Schwerpunktparteien eine Ausnahme vom Quorum zulassen will." Ebenso stehe es "in seinem Ermessen, was er als Schwerpunktpartei zulassen will." Danach kann der Gesetzgeber aufgrund eines Direktmandates oder eines anderen zahlenmäßigen Kriteriums eine Schwerpunktpartei anerkennen. Auch andere Kriterien der "Bedeutsamkeit" könnten "zu einer Berücksichtigung bei der Mandantszuteilung führen, obwohl das Quorum nicht erreicht ist".

2) BVerfGE 1, 208 (252).

nicht folgerichtig und bedürfte dann freilich der Hilfskonstruktion eines Ermessens, um sie aufrecht zu erhalten. Ein derartiges Ermessen, bei der zweckbezogenen Auslegung eines Begriffes Elemente einzuführen, die diesem Zweck fremd sind, gibt es nicht. Sie kann es nicht geben, da sonst jeder Beurteilungsmaßstab obsolet wäre. Sofern das Bundesverfassungsgericht einen solchen Schluß gezogen, oder vielmehr unter dem Hinweis auf eine Gestaltungsfreiheit zugelassen hat ¹⁾, liegt eine Gleichheitsverletzung vor. Rink ²⁾ weist zu Recht darauf hin, daß eine neue Unterscheidung zwischen den unter die 5 %-Klausel fallenden Parteien geschaffen wird. Vergleichskriterium wäre das Merkmal des örtlichen Schwerpunktes. Allein irgendwelche Anhaltspunkte, daß solche lokale Minderheiten zu berücksichtigen sind, könnten den Hinweis auf eine verfassungsgemäße Auslegung geben, sofern nur eine solche Finalität dem Wahlgesetz zu entnehmen wäre. Es fragte sich, ob ein dementsprechendes Vergleichskriterium existierte, das diese Unterscheidung rechtfertigen würde. Das hier angesprochene Problem betrifft aber nicht den Gleichheitssatz sondern die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, bestimmte Ziele in die Finalität einer Norm aufzunehmen: Die Zielwahl.

1) BVerfGE 1, 208 (256).

2) Rink, a.a.O., S. 226; dieser Verfassungsverstoß resultiert allerdings weder aus der Formalisierung der Wahlgleichheit noch aus irgendwelchen Struktur-
erwägungen (so aber Rink, a.a.O.), sondern lediglich aus dem mangelnden Zusammenhang von Gesetzeszweck und tertium comparationis.

Das Verdeutlichen des Begriffes der Splitterpartei durch eine konkrete Zahlenangabe ist lediglich ein weiterer Schritt zur Konkretisierung und Auslegung der Beschlüßfähigkeit des Parlamentes. Er ist in gleicher Weise eine Rechtsentscheidung wenn auch mit diffuserem Randbereich, um einen Ausdruck aus der verwaltungsrechtlichen Lehre über den Beurteilungsspielraum unbestimmter Rechtsbegriffe zu verwenden. Insofern mag die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes zutreffen, einen allgemein gültigen Begriff der Splitterpartei gebe es nicht, vielmehr ergebe er sich erst aus dem Inhalt der jeweiligen Wahlrechtsvorschriften ¹⁾. Jedoch ist es falsch, von einem Ermessen zu sprechen, nach dessen Inhalt jede der vom Gesetzgeber getroffenen Beurteilung richtig wäre ²⁾.

Die Ausgestaltung der die kleinen Parteien disqualifizierenden Norm ist mit einer Kompetenzverlagerung von der Legislative auf die Exekutive ebenso möglich, indem die Wertausfüllung des Ausdruckes Splitterpartei auf die mit der Durchführung der Wahl betrauten Behörde delegiert würde ³⁾.

§ 6 Abs. 4, Satz 1 Bundeswahlgesetz hätte den Wortlaut: "Bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die keine Splitterparteien sind oder ..." ⁴⁾. Legt man die Terminologie

1) BVerfGE 4, 31 (40 f). Ebergo v. Mangoldt/Klein, Art. 38, Anm. III 2 f; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 38, Anm. 50, Fn. 8.

2) Nach Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Gleichheitssatz, S. 112 soll sogar die Festlegung des Quorums (etwa 5,4% oder 3 %) als politische Entscheidung frei getroffen werden können und keine Frage der Gleichbehandlung sein.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Anm. 117: die Gesetzgebung ist als eine Rechtsanwendung höheren Ranges vorstellbar.

4) Tatsächliche Formulierung: "...die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder ...".

der Verwaltungsrechtslehre zu Grunde, dann handelte es sich allein um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, ebenfalls ohne Ermessensfreiheit.

Aufgrund der gewonnen Kriterien ergibt sich aus der an die Wahl gestellten Aufgabe, daß Splitterparteien und andere Parteien nicht gleich sind. Aus Art. 3, Abs. 1 GG folgt deshalb, daß sie unterschiedlich behandelt werden müssen. Art und Umfang der Rechtsfolge wird jedoch durch den allgemeinen Gleichheitssatz wiederum nicht bestimmt. Die Frage der Angemessenheit der Rechtsfolge: kein Parlamentsmandat, Nichtberücksichtigung des Stimmanteils ist keine durch Art. 3 Abs. 1 GG zu lösende Problematik, sondern fällt in den Bereich des Übermaßverbotes.

c) Das Verhältnis der Wahlgleichheit
zum allgemeinen Gleichheitssatz

Das hier erarbeitete Gleichheitsverständnis geht davon aus, daß der allgemeine Gleichheitssatz Handlungsmodalitäten bestimmt, ihm selbst aber kein materieller Maßstab für die Beurteilung des Gleichen oder Ungleichen zu entnehmen ist. Das Feststellen der Gleichheit oder Ungleichheit richtet sich nach dem aus dem Gesetzeszweck zu ermittelnden funktionalen, tatbestandlichen tertium comparationis. Die Gleichheit der Wahl läßt sich in dieses System widerspruchsfrei einordnen. Das Vergleichskriterium ergibt sich aus der an die Wahl gestellten Aufgabe ¹⁾.

Die herrschende Meinung hingegen hat große Mühe, das Verhältnis der Wahlgleichheit zum allgemeinen Gleichheitssatz zu klären. Hindernis sind insbesondere zwei Mißverständnisse, welche sich teilweise wechselseitig zu bedingen scheinen:

- (1) Die Wahlgleichheit stelle sich als eine formelle Gleichheit dar gegenüber dem materialen allgemeinen Gleichheitssatz ²⁾.
- (2) Die Wahlgleichheit könne wegen zwingender Gründe gemäß dem Prinzip des allgemeinen Gleichheitssatzes modifiziert werden ³⁾.

Bezieht man diese Behauptungen sowie diejenige von einer bestehenden legislatorischen Ermessensfreiheit in einen einheitlichen Gedankengang ein, dann ergeben sich folgende Widersprüche:

- Zu (1) Der Grundsatz der freien Wahl läßt einen Ermessensspielraum nur in engen Grenzen ⁴⁾. Ein nur knapp bemessener Freiheitsbereich deutet aber auf eine Verdichtung zum Materiellen hin.

1) S. oben, S. 85!

2) Rink a.a.O., S. 223; Seifert, a.a.O., Anm. 22; Leibholz/Rink, Art. 38, Anm. 6; Maunz-Dürig-Herzog Art. 38, Anm. 49; Ipsen, Gleichheit, S. 191.
Ebenso BVerfG in ständ. Rspr., BVerfGE 4, 375 (382); 11, 351 (361); 13, 243 (246); 28, 220 (225).

3) PVerfGE 1, 208 (252); Maunz-Dürig-Herzog Art. 38, Anm. 49; Ipsen, S. 191.

4) BVerfGE 1, 208 (246); 4, 31 (43), 375 (382 ff); 6, 81 (94); ebenso Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O.; Leibholz/Rink, a.a.O. .

Zu (2) Sachlich tragbare Unterscheidungen eines anders, materiell gearteten Gleichheitssatzes machen die Ermessensfreiheit aus ¹⁾. Der wegen des formalen Wesens der Wahlgleichheit nur eng bemessene Ermessensspielraum wird durch die Möglichkeit zwingender Gründe des allgemeinen Gleichheitssatzes wieder relativiert.

(1) Die Behauptung, die Gleichheit der Wahl unterscheide sich wegen ihrer eigenen radikaleren Generalisierung inhaltlich als eine mehr "formale (schematische) Gleichheit" ²⁾ vom allgemeinen Gleichheitssatz, die Formalisierung zeichne sich

1) Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O.; in gleicher Weise Rink, a.a.O., S.224; (1) ein (allerdings besonders enger) Ermessensspielraum verbleibe dem Gesetzgeber, (2) danach sind verfassungsrechtlich zulässige Durchbrechungen der ("im Prinzip absolut formalen Gleichheit"; also der:) Wahlgleichheit zulässig, (3) sie müssen a) zwingend geboten und b) durch den allgemeinen Gleichheitssatz gedeckt sein.

2) Rink, a.a.O., S.223; ebenso BVerfG in ständ.Rspr., vgl. u.a. BVerfGE 4,375 (382); 11,351 (361); 14,121 (132); 24,300 (340). Gleicher Ansicht: Seifert, a.a.O., Anm.22; Leibholz/Rink Art.38, Anm.6; Maunz-Dürig-Herzog Art. 38, Anm.49; Ipsen, S.191. Die Rechtsprechung bezeichnet diese Wahlgleichheit zudem nur als formal. Als "Gegenstück" des Begriffspaares materiell-formal ergibt dies jedoch keinen Sinn. Soweit der materiale Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes die Gerechtigkeit sein soll, würde das bedeuten, daß diese der Gleichheit der Wahl in geringerem Umfang anhafte. Vgl. zum formellen Begriff der Gleichheit Schubach, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum allgemeinen Gleichheitssatz, S.42 ff., der nachweist, daß es insoweit eine einheitliche Bedeutung nicht gibt und darunter nur die von Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S.69 vorgenommene Festlegung des Formellen auf das Prozessuale richtig ist. Die Unterscheidung schematisch-proportional ist höchstens eine Frage des Umfangs des Vergleichskriteriums, vgl. Schubach, S.45! Gerade darauf nimmt der allgemeine Gleichheitssatz jedoch keinen Bezug, sondern ist im Gegenteil wertfrei. Hier wird jedoch die Auffassung vertreten, daß dieses Begriffspaar als Unterart der geometrisch gleichen Behandlung lediglich ein Zuteilungsverfahren im Rahmen der Rechtsfolge darstellt.

dadurch aus, daß bestehende Unterschiede nicht berücksichtigt werden ¹⁾, ist nicht sinnvoll. Damit wäre wieder die Wendung zu einer Dominanz des Faktischen vollzogen, welches doch neutral daraufhin ist, unter welchen Gesichtspunkten es verglichen wird.

Was diese Formulierung ausdrücken soll, ist das Bestehen des Vergleichskriteriums aus nur zwei Elementen: die mündige Staatsbürgerschaft sowie die parlamentarische Beschlußfähigkeit. Eine andere Eigenschaft soll und kann nicht für Gleichheit oder Ungleichheit maßgeblich sein, wenn durch die Parlamentswahl der Volkswille weitgehend uneingeschränkt repräsentiert und zugleich ein handlungsfähiges Abgeordnetenhaus geschaffen werden soll. Das erfolgt in einer stark schematischen Weise, die aber ausschließlich durch die Finalität der Norm bedingt ist. Der Normzweck könnte ohne diese Typisierung nicht erreicht werden; er läßt selbst keine weitere Konkretisierung zu. Der Gehalt des Vergleichskriteriums ist auf wenige Merkmale beschränkt.

Ipsen ²⁾ sieht eine Kontroverse darin, daß der allgemeine Gleichheitssatz "nur Gleiches einer gleichen Behandlung unterwirft, Ungleiches aber ungleich behandelt werden läßt" ³⁾, die Wahlgleichheit jedoch, welche sich aus der richtigen Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes ergebe ⁴⁾, als eigene Regelung eine

1) So deutlich BVerfGE 11, 121 (132).

2) Gleichheit, S. 191.

3) Bayer.VerfGHE 1952, S. 73 bei Ipsen, a.a.O.

4) BVerfGE 1, 208 (247).

formale, schematische Gleichheit fordere.

Ein solcher Widerspruch besteht nicht, versteht man den Gleichheitssatz nach der hier dargestellten Ansicht als eine Handlungsmodalität, abhängig von dem funktionalen Bezugsgesichtspunkt ¹⁾ des Gesetzeszweckes. Wird im Hinblick auf Sinn und Zweck der Parlamentswahl eine unverfälschte Wiedergabe des Wählerwillens durch das Wahlergebnis vorangestellt, - von dem Erfordernis eines mehrheitsfähigen Parlamentes wird abgesehen, da es für die vorliegende Problemstellung der Formalisierung ohne Bedeutung ist -, dann ist die zur Wahl berechtigende mündige Staatsbürgerschaft das einzige Kriterium, welches über Gleichheit oder Ungleichheit entscheidet. Die gleiche Bewertung als rechtsfolgemäßige Behandlung der abgegebene Stimmen kann nicht anders als gleich erfolgen.

Im Zusammenhang mit der Auffassung von der Formalisierung des allgemeinen Gleichheitsprinzips durch die Gleichheit der Wahl ist auch die Formulierung zu sehen, die staatspolitische Notwendigkeit, Splitterparteien zu bekämpfen, rechtfertigt eine Modifikation der Wahlgleichheit ²⁾.

1) Luhmann, Wahrheit und Ideologie, S. 437.

2) BVerfGE 1, 208 (252); im Hinblick auf die Chancengleichheit bei der Zuteilung von Sendezeiten BVerfGE 11, 121 (134): aus besonders wichtigen Gründen könne differenziert werden. Ebenso Ipsen, S. 192 und Leibholz/Rink, a.a.O., Anm. 5: verfassungsrechtlich zulässige Durchbrechung, sofern diese durch den allgemeinen Gleichheitssatz gedeckt werde, unter Hinweis auf BVerfGE 1, 208 (247); 4, 31 (39), 375 (382 f.); 13, 243 (246 f.).

Allein verändert wird das Vergleichskriterium; die abweichende Gleichheitsbeziehung ist eine Folge davon, da sie auf der Grundlage des modifizierten Vergleichsmerkmals beruht. Jedenfalls ist es weiterhin eine Relation des Gleichen, das gemäß der Forderung des allgemeinen Gleichheitssatzes gleich behandelt wird. Da der allgemeine Gleichheitssatz ein bestimmtes Vergleichskriterium gerade nicht festlegt, erweist sich die Überlegung von einer verfassungsmäßigen Durchbrechung als falsch.

- (2) Die früheren Erörterungen haben gezeigt, daß der allgemeine Gleichheitssatz eine bestimmte Vergleichshinsicht nicht intendiert. Dieser Verfassungssatz bestimmt Handlungsmodalitäten, ohne die Voraussetzungen des Handelns festzulegen, aber auch ohne selbst einen materiellen Maßstab für die Beurteilung des Gleichen zu geben. Wenn gleichwohl unterschwellig behauptet wird, der allgemeine Gleichheitssatz habe mehr Gehalt, da er die Berücksichtigung der tatsächlichen Verschiedenheit nicht ausschließe, wie das gerade bei der Wahlgleichheit der Fall sei, liegt darin gerade der Widerspruch, welcher die herrschende Meinung unglaublich macht: Welchen konkreten Gehalt kann ein Gleichheits-"Grundsatz" haben, der vielerlei Möglichkeiten offen läßt und selbst keine Schranken setzt, diese vielmehr einem generellen Gerechtigkeitsgebot und sachlich zwingenden Gründen entnehmen will, was in justikabler Weise nie gelingt.

Allein umgekehrt muß das Ergebnis lauten. Die Wahlgleichheit, - sie ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes ¹⁾! - stellt eine konkrete Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes dar. Aufgrund eines besonderen Vergleichskriteriums sind alle anderen tatsächlichen Merkmale rechtlich ohne Belang. Jenes ist nur am Zweck der Wahl orientiert und nicht etwa Ausdruck einer ermessensfreien, am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise.

1) BVerfGE 1, 208 (237, 242); 3, 383 (391); 4, 31 (39); 6, 81 (81, 91).

d) Zwischenergebnis, Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, bei einer vorwiegend am Gesetzeszweck orientierten Betrachtung des Gleichheitssatzes eröffnen sich keine Bereiche legislatorischer Ermessens- oder Gestaltungsfreiheit. Aus dem Normzweck als funktionalem Bezugsge-sichtspunkt lassen sich anhand der gültigen Auslegungsgrundsätze die Voraussetzungen ermitteln, an welche die Rechtsfolge (als Mittel) zur Erreichung des erstrebten Zieles anknüpft. Es könnte allenfalls an Beurteilungsspielräume bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe gedacht werden. Jede darauf begründete Entscheidung ist aber in vollem Umfang richterlich überprüfbar. Dabei wird nicht das Bundesverfassungsgericht zum Herrn aller Gesetzgebung erhoben, da es nur zu Feststellungen über Verfassungsgemäßheit und Verfassungswidrigkeit kompetent ist und niemals im kreativen Sinne normierend tätig wird.

Die Überlegung, daß der Normzweck als Auslegungsgegenstand das tertium comparationis zumindest beeinflusst, wird vielfach erwähnt ¹⁾, jedoch nie zu Ende

1) Am deutlichsten bei Seifert, Art. 38 GG, Anm. 25: "Der Begriff der Splitterpartei kann also nur im Zusammenhang mit dem Verhältniswahlsystem, zweckorientiert und infolgedessen nur quantitativ verstanden werden". Auf den Zweck des Wahlverfahrens wird u.a. hingewiesen in BVerfGE 4, 31 (39 f), 375 (382 f); 13, 243 (247). Das Ziel der Wahl wird ausdrücklich hervorgehoben in BVerfGE 6, 81 (92); 14, 121 (134 f). Unverständlich ist dagegen die Argumentation von Rink, a.a.O., S. 224, soweit er die Berechtigung von Sperrklauseln mit dem Hinweis auf den Ausschluß des Wahlrechts für Minderjährige "geistig Minderwertige" (?) und auf die übrigen Beschränkungen zu begründen versucht. Forsthoff, AöR 76, 369 (373): "Splitterpartei ist ein rein quantitativer Begriff" und S. 374: "Der Sinn der Vorschrift, daß bei einer Gesamtstimmenverrechnung Parteien ausfallen, die einer rein quantitativ bestimmten Norm nicht genügen, ergibt sich aus dem Sinn der Wahl, der auf die Schaffung eines arbeitsfähigen Parlamentes gerichtet ist."

geführt. Ausschlaggebend mag der auf mangelnder Erkenntnis beruhende Irrtum sein, das Vergleichskriterium sei Mittel zum Erreichen des Normzwecks, so daß dann jede Gleichheit oder Ungleichheit als Mittel durch den Zweck geheiligt würde. Die Funktion einer Norm ist es, einen Zustand in einen anderen zu transformieren ¹⁾. Sie ist damit kraft ihrer Stellung im gesamten Normengefüge jedoch nur als Ganzes Mittel, ein erstrebtes Ziel zu erreichen. Die Aussage über einen Wert - Mehrheitsfähigkeit - kann jedoch nicht zugleich Mittel sein, diesen Wert zu verwirklichen. Dieses Prädikat enthält ausschließlich die Bedingung ²⁾, an welche die Rechtsfolge anknüpfen soll. Sie bildet, konkretisiert auf einen bestimmten zahlenmäßigen Wert, als Voraussetzung den Tatbestandsteil des Normsatzes.

1) Vgl. Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S.165!

2) Zur Frage, wann eine solche Bedingung notwendig und ausreichend ist, s. Podlech, S. 111!

3. Teilbereich und Sonderregelung

In das hier entwickelte, am Gesetzeszweck ausgerichtete Verständnis des allgemeinen Gleichheitssatzes läßt sich auch die Frage nach gleichheitskonformen Sonderregelungen ¹⁾ für Teilbereiche fugenlos einordnen.

Jede Beziehung der Gleichheit wie der Ungleichheit beruht auf einer Klassifikation. Die Relationen basieren auf verschiedenen Gruppen, deren Aufteilung wie auch Einteilung sich nur im Hinblick auf das Vergleichskriterium ergibt. Ohne dieses wäre eine Gruppierung nicht möglich. Es bedarf daher, um die Problematik des Gleichheitssatzes zu erfassen, keiner besonderen Systematik der Klassenbildung, wie dies Podlech ²⁾ zu unternehmen versucht. Die Einteilung des Verschiedenen bei bestehender Ungleichheit in Untergruppen ist lediglich eine Aussage über die Beziehung unter einem anderen, dem die Untergruppierung ermöglichenden Vergleichskriterium. Dieses Merkmal aber ist ohne rechtlichen Belang, und hätte allenfalls für die Bestimmung der Ähnlichkeit Bedeutung. Begriffe wie Teilklasse, Teilgruppe o.ä. als Korrelat zu einer Gesamtheit taugen deshalb nicht zur Diskussion der Gleichheitsproblematik.

Allein die Reduktion auf die Grundfälle eines Gleichheitsverstoßes geben die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung. Jede Betrachtung, welche dies außer acht läßt, indem sie mit pauschalen Umschreibungen,

1) S. BVerfGE 18, 315 (334); 21, 87 (91).

2) Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 64 ff.

wie Sachgesetzlichkeit, Systemgerechtigkeit oder wie auch immer argumentiert, verläßt die Grundlage konkreter gleichheitsbezogener Diskussion. Ein Institut des Ermessens als ebenfalls pauschales Argument wird geradezu erforderlich, um die in Einzelheiten begründeten Punkte mangels eigener Detaillierungsfähigkeit behandeln zu können.

Die bereits angeführte Entscheidung zur Einführung einer Altersgrenze für Hebammen ¹⁾ geht von den Berufen der Hebamme und des Arztes als eigenständigen Lebensbereichen mit verschiedenen Strukturen aus ²⁾. Der Gesetzgeber müsse aufgrund der eigenen inneren Gesetzlichkeit und Ordnung entscheiden, ob die gleichen oder ungleichen Elemente, die jeweils wesentlichen sind ³⁾. Der Gleichheitssatz dürfe nicht zwingen, nur zufällige Gleichheiten zu berücksichtigen, wenn bestehende Tatsachen und Verhältnisse einen Lebensbereich im ganzen als anderen kennzeichneten. Dem Gesetzgeber sei hier grundsätzlich größere Bewegungsfreiheit zuzugestehen ⁴⁾. Im Zusammenhang mit anderen Formulierungen des Verfassungsgerichtes gelesen heißt daß: Die Legislative kann ermessensfrei entscheiden, was gleich und was ungleich ist. Ein bestimmtes Vergleichskriterium scheint nicht zu existieren, zumindest wird es nicht genannt. Abgesehen von der mangelnden Kontrollmöglichkeit würde dieser Gedankengang der Systematik der Gleichheit widersprechen. Denn weder der Arztberuf noch der der Hebamme weist als solche spezifische Eigenschaften auf, welche eine Beziehung der Gleichheit oder

1) BVerfGE 9, 338 (349 ff), S. oben, S. 8 f.

2) a.a.O., S. 350 f.

3) a.a.O., S. 349 f.

4) a.a.O., S. 349.

Ungleichheit intendieren. Der Grund hierfür liegt in der Identität eines jeden Gegenstandes wie Sachverhaltes und der daraus resultierenden Neutralität aller Eigentümlichkeiten ¹⁾.

Das Gericht hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, das Gesetz strebe ein Mindestmaß an Geburtshilfe an. Diese soll mittels einer Altersgrenze gewährleistet werden. Das Anordnen einer Altersgrenze ist die Rechtsfolge, sie muß an die Voraussetzung der "nicht mehr gewährleisteten sicheren Geburtshilfe" anknüpfen. Wie im Fall der Splitterpartei ²⁾ bestünde die Möglichkeit, auf eine weitergehende Konkretisierung zu verzichten und diese Formulierung als tatbestandliche Voraussetzung in die Normierung aufzunehmen. Es obläge dann einer mit der Durchführung betrauten Behörde die Entscheidung darüber, welche geburtshelfenden Berufe mit Erreichen einer Altersgrenze ein Mindestmaß an Geburtshilfe nicht mehr gewährleisten. Eine Freiheit, nach eigenem Abwägen zwischen mehreren Verhaltensweisen wählen zu können, besteht schlechterdings nicht, da es sich insoweit um ein reines Auslegungsproblem handelt.

Ob bei Ärzten mit Erreichen einer Altersgrenze ein Minimum an sicherer Geburtshilfe garantiert ist, ist somit lediglich eine Wertungsfrage und zwar auch für die Legislative. Die Beurteilung der Gleichheit des Arztberufes mit dem der Hebamme hat allein unter dem Aspekt des Normzwecks zu erfolgen, und wird damit zu einer Frage der Auslegung. Es erfolgt eine Bewertung der tatsächlichen Umstände und Verhältnisse, die aber nicht eo ipso eine Aussage ermöglichen, deren Beziehung zueinander vielmehr erst aufgrund eines Vergleichskriteriums feststellbar wird. Die Auffassung sei als richtig dahingestellt,

1) a.a.O., S. 352 f.

2) Vgl. oben, S. 84 f!

"daß im Arztberuf dank seiner besonderen Struktur Kräfte wirksam sind, die den Arzt hindern, eine Geburtshilfe zu übernehmen, der er nicht mehr gewachsen ist" ¹⁾. Zumindest ist diese Beurteilung durch das Verfassungsgericht überprüfbar und kann nachvollzogen werden.

Unter demselben Gesichtspunkt des Minimums sicherer Geburtshilfe ist zu beurteilen, ob jenes Ziel bei Hebammen nicht gewährleistet ist, wobei dies nicht in gleicher Weise aufgrund einer mit dem Beruf verbundenen Eigenverantwortlichkeit zusammenzuhängen braucht. Es könnten durchaus andere Faktoren ein Mindestmaß an Geburtshilfe sicherstellen. Ob diese Gewähr bei Hebammen nicht gegeben ist und gegebenenfalls mit welchem Alter, darauf ist das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung gerade nicht eingegangen. Es hätte dazu eigentlich nur des konsequenten Vergleiches am selben Kriterium bedurft, wie es für die Bewertung des Arztberufes angewandt worden war. Statt dessen werden mit den Argumenten des wirtschaftlichen Risikos, der bestehenden umfassenden und tiefgreifenden Reglementierung, der Pflicht, Lehrgänge zu besuchen und Prüfungen zu absolvieren, sowie einer ständigen Kontrolle zu unterliegen ²⁾, Kriterien in die Begründung eingeführt, die zwar den Beruf der Hebamme ungleich gegenüber dem Arzt erscheinen lassen, mit einer sicheren Geburtshilfe als Unterscheidungsmerkmal

1) a.a.O., S. 352; der Verfasser neigt dazu, wenn auch unter Bedenken, diese Auffassung zu teilen. Allerdings ist nicht einzusehen, weshalb von vornherein eine Altersgrenze für nur einzelne medizinische und speziell operative Handlungen des Arztes verneint wird.

2) a.a.O., S. 351.

jedoch nichts gemein haben. Ebenso wie der Hinweis, es seien "nicht voll leistungsfähige Hebammen quantitativ die Hauptrolle von Gefahren für Mutter und Kind bei der Geburtshilfe" ¹⁾ steht die Richtigkeit all dieser Feststellungen nicht in Frage, nur sie sind nicht relevant.

Als entscheidend für den rechtlichen Gleichheitsbegriff war erkannt worden, daß Gleichheit wie Ungleichheit auf einem Kriterium (tertium comparationis) beruhen, das für die gesetzliche Regelung allein maßgeblich ist. Es geht nicht um eine gesetzgeberische Bewegungsfreiheit ²⁾, die Regelung für einen bestimmten Lebensbereich in einen anderen zu übernehmen. In Frage steht allein die behauptete Ungleichheit, welche eine solche gesetzliche Altersgrenze ³⁾ für nur einen der geburtshelfenden Berufe ermöglicht. Auf das nach dem Normzweck ausschließlich relevante Vergleichsmerkmal der Gewährleistung eines Mindestmaßes an Geburtshilfe hin ist die durch das Gesetz benachteiligte Gruppe der Hebammen aber nicht überprüft worden.

Unter Hinweis auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ entschieden, daß freiberuflich Tätigen im Gegensatz zu Arbeitnehmern ein durch die Musterung nach dem Wehrpflichtgesetz ⁵⁾ entstehender Verdienstaussfall

1) a.a.O., S. 353.

2) a.a.O., S. 349.

3) Auch die Festlegung auf 70 Jahre ist lediglich eine weitere Konkretisierung o. Gestaltungsfreiheit.

4) BVerfGE 29, 51 (56 f).

5) § 19 Abs. 8, S. 3 WPflG: "Einem wehrpflichtigen Arbeitnehmer, der nicht unter das Arbeitsplatzschutzgesetz fällt, wird auch der durch die Musterung entstehende Verdienstaussfall erstattet."

nicht ersetzt zu werden braucht. Argumentation: Für die Begrenzung des Personenkreises nach sozialpolitischen Gesichtspunkten müsse sich aus dem Gegenstand der Regelung ein sachlicher, vertretbarer Grund anführen lassen. Alsdann stellt das Gericht auf "bedeutsame Verschiedenheiten" ¹⁾ des sozialen Gesamtbildes der zum Vergleich gestellten Personengruppen ab, und begründet die Ungleichheit der selbständig beruflich Tätigen schließlich damit, daß sie im Gegensatz zu Arbeitnehmern einen Verdienstausschlag eher vermeiden oder niedrig halten könnten ²⁾.

Richtig und übereinstimmend mit der hier dargelegten Auffassung ist der Hinweis, aus dem Gegenstand der Regelung müsse sich der Grund für die Differenzierung anführen lassen ³⁾. Danach kann alleiniges Unterscheidungskriterium aber nur das des Verdienstausschlages sein. Erleidet demnach ein freiberuflich Tätiger durch die Musterung eine Einkommenseinbuße, dann steht er insoweit einem Arbeitnehmer gleich. Auch die Annahme des Gerichts, er könne sie eventuell vermeiden, geht vom Verdienstausschlag auch des Selbständigen aus.

Eine Ungleichheit wäre dann zu bejahen, wenn Selbständigen - aufgrund ihrer anders gearteten sozialen Stellung oder aus sonstigen anderen Gründen - eine solche finanzielle Einbuße nicht entstünde. Doch

1) a.a.O., S. 56.

2) Diese Überlegung geht davon aus, daß der Arbeitnehmer in seiner Freizeit versäumte Arbeit nicht nachholen kann oder soll, der Angehörige eines freien Berufes nicht in gleicher Weise Freizeit haben darf.

3) a.a.O., S. 56.

auch der Angehörige eines freien Berufes hat keine Einkünfte, wenn er nicht arbeitet. Ihn darauf zu verweisen, den Ausfall nachzuarbeiten, bedeutet die Einführung eines weiteren Merkmales der Vermeidbarkeit ¹⁾. Ein solches Kriterium müßte dann auch für Arbeitnehmer gelten, es sei denn, man wollte unrichtigerweise unterstellen, ihnen sei allgemein diese Möglichkeit verwehrt ²⁾.

Zudem ist das Merkmal der Vermeidbarkeit, welches zu einer Ungleichheit des Verdienstaufalles der selbständigen und unselbständigen Berufstätigen führen könnte, nicht aus dem Normzweck zu ermitteln. Es ist schlechthin nur auf den Verdienstaufall abzustellen. Die weitere Unterscheidung nach der möglichen Vermeidbarkeit würde zu einem Zirkelschluß führen. Die aufgrund tatsächlicher Eigenschaften der verschiedenen Sachverhalte erfolgte Unterscheidung würde aus sich selbst heraus maßgeblich ³⁾ und die Überprüfung anhand eines übergeordneten Wertes bliebe versperrt. Letztlich ist diese Richtung ins Injudikable auch vom Bundesverfassungsgericht beschränkt worden, wenn auch auf eigenem Weg, indem ein angenommener ⁴⁾ Unterschied für relevant erklärt und dies mit der legislatorischen Gestaltungsfreiheit als verfassungsräufig begründet

-
- 1) Die Ungleichheit mit der genannten Vermeidbarkeit des Ausfalles bei Selbständigen begründen zu wollen, erscheint wenig stichhaltig. Es läßt sich nicht, - in typisierender Weise belegen - daß Selbständige von bestimmten Arbeitszeiten nicht abhängig sind; Vgl. BVerfGE a.a.O., S. 54!
 - 2) Umgekehrt (vgl. Fn. 1!) kann aber auch nicht verallgemeinert die Aussage getroffen werden, Arbeitnehmer könnten versäumte Arbeitszeit nicht nachholen.
 - 3) Eine solche Dominanz des Faktischen ist bereits abgelehnt worden, s. oben, S. 24, 27, 33!
 - 4) Hinzu kommt, daß die Ungleichheit aufgrund der Vermeidbarkeit mehr unterstellt, als verifiziert und belegt wird.

wird. Geht man aber davon aus, daß ein Selbständiger einen Verdienstausschlag "eher vermeiden oder niedrig halten kann" ¹⁾, so wird die Einbuße als tatsächlich entstanden angesehen. Er ist darin gleich mit einem Arbeitnehmer und darf nicht unterschiedlich behandelt werden. Alle sonstigen Überlegungen gehen ins Leere, da sie nicht am Kriterium der finanziellen Einbuße orientiert sind ²⁾.

Es darf also ein Teilbereich nicht in der Weise geschaffen werden, daß zusätzliche Kriterien zur Unterscheidung dienen, welche sich nicht aus dem Normzweck ermitteln lassen.

Umgekehrt erweisen sich im Hinblick auf das legislatorische Ziel diejenigen Sachverhalte als ungleich, welche den erstrebten Zustand bereits verwirklichen ³⁾ oder aber zu verwirklichen nicht geeignet sind ⁴⁾. Der Regelungsumfang bleibt auf den Teilbereich der übrigen Sachverhalte beschränkt und mag deshalb das Gesetz als Sondervorschrift erscheinen lassen. Keinesfalls gibt es aber eine ermessensmäßige Befugnis zu Sonderregelungen ⁵⁾.

1) a.a.O., S. 57.

2) Auch hier zeigt sich, daß es einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht bedarf.

3) Beispiel: BVerfGE 9, 338 (349 f), Ungleichheit der Ärzte gegenüber Hebammen, BVerfGE 30, 409 (412 f): Ungleichheit der deutschen und derjenigen ausländischen Untersuchungshäftlinge mit deren Heimatstaat eine Gegenseitigkeitsverbürgung besteht gegenüber denjenigen, deren Heimatstaat eine gegenseitige Vereinbarung mit der BRD nicht getroffen hat; s. o., S. 31 f!

4) Beispiel: BVerfGE 29, 402 (411 f), Ungleichheit der Einkünfte von Steuerausländern gegenüber binnenländischen Einkünften, s.o., S. 35 f!

5) So aber z.B. BVerfGE 24, 174 (181); 18, 315 (334) m. weit. Nachw.

V. Abschnitt:

Schlußbetrachtung: Ergebnis und Unterscheidung
zur herrschenden Meinung

Die überkommene Auffassung, insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, argumentiert mit nicht näher konkretisierten sachlich einleuchtenden "Gründen" innerhalb eines "unbewiesenen" Ermessensspielraumes. Den Ermessensbereich eröffnen aber nicht jene sachlichen Gründe, denn diese werden nicht verstanden als Direktiven im Sinne einer zugleich ermächtigenden Bindung, Direktiven, welche zu vollziehen wären. Vielmehr wird mit Blickrichtung auf das evident Unsachliche das nur irgendwie Sachliche als Unterscheidungskriterium für ausreichend erachtet und innerhalb des Bereiches des nicht Unsachlichen ein Ermessen unterstellt. Darin jedoch liegt ein Zirkelschluß.

Jedes Ungenaue, gerade weil es keine konkreten Werte erkennen läßt, kann gedanklich nicht im Detail, sondern nur pauschal erfaßt werden. Da Einzelheiten unberücksichtigt bleiben, ist der Allgemeinheit des Ungefährten notwendigerweise ein unüberprüfbarer Bereich eigen. In Konsequenz daraus die Befugnis herzuleiten, von konkreter Beurteilung abzuweichen und sich auf das Generelle zu beschränken, ist aber falsch. Die Zulässigkeit des nur Ungefährten kann nicht aus diesem selbst heraus gerechtfertigt werden.

Demgegenüber liegt Unterschied und Vorteil des hier erarbeiteten Gleichheitsverständnisses darin, daß dieses als ein Problem der Konsequenz, des

folgerichtigen Durchführens und Verwirklichens eines frei gewählten, allerdings legitimen Zieles gesehen wird. Die Trennung der Gleichheit oder Ungleichheit von der gleichen oder ungleichen Rechtsfolge bedeutet eine Formalisierung, welche aber die Suche nach der im Vergleichskriterium liegenden Voraussetzung auf den finalen Bereich des Normzweckes konzentriert. Die Gleichheitsproblematik erhält damit ihren materiellen Gehalt aus dem Zweck der jeweiligen Regelung und das Bestimmen des Vergleichsmerkmals erweist sich als ein Tatbestandsproblem. Die Entscheidung darüber beläßt kein Ermessen zu verschiedenen gleichermaßen richtigen Beurteilungen.

Soweit der Legislative eine Freiheit zusteht, ist das ihre allgemeine politische Gestaltungsfreiheit. Innerhalb dieser Freiheit erfolgt die für jede Normierung bestimmende Zielwahl, welche anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes aber nicht überprüft werden kann. Dieser Verfassungssatz legt ausschließlich Handlungsmodalitäten fest, die für eine durch den Gesetzgeber getroffene Zielentscheidung nicht Regulativ sein können.

Damit wird nicht eine bloße Verlagerung des Ermessensproblems erreicht. Es wird die Dimension freien gesetzgeberischen Handelns und Entscheidens, da sie kein Gleichheitsproblem ist ¹⁾, abgeschieden, um dadurch den eigentlichen Problemtail des Gleichheitssatzes zu ermitteln. Diese Gleichheitsproblematik hat sich als überprüfbar und judikabel erwiesen, da sie keinen ermessensfreien Bereich enthält.

1) So aber die überkommene Lehre, ohne diese Schwierigkeit zufriedenstellend lösen zu können.

Lebenslauf

Geboren am 22. Sept. 1943 in Karlsruhe

Vater: Robert Pracht, Malermeister

Mutter: Martha Pracht, geb. Schwald

Schulbesuch in Karlsruhe von Herbst
1949 bis Frühjahr 1963.

Beginn des Studiums der Rechtswissenschaft
1963 in Heidelberg, Fortsetzung in Genf
und München.

1968 Erste juristische Staatsprüfung und

1971 Zweite juristische Staatsprüfung,
jeweils in München.

Seit Herbst 1971 Rechtsanwalt.

München, im September 1973

